



المجلد الخامس عشر

قسم القواعِد الفقهيَّة



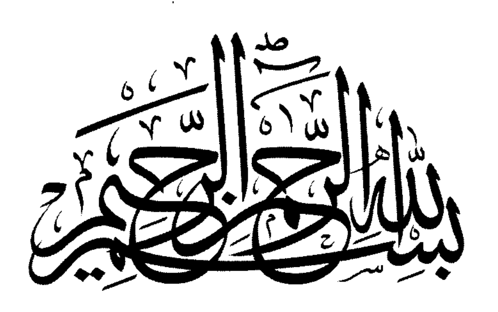


طبع على نفقة
مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان
للأعمال الخيرية والإنسانية
ص.ب: 41355 - أبوظبي - دولة الإمارات العربية المتحدة
هاتف: 6577577 - 02 فاكس: 6577572 - 02
www.zayed.org.ae

الطبعة الأولى
1434هـ - 2013م

التنفيذ الطباعي: المجموعة الطباعية www.printingroup.com
التجليد الفني: البساط الجديدة للتجليد وتصنيع الكتاب info@newbsat.com


معلمة زايد
للقواعد الفقهية والأصولية



المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الثالثة: قواعد في الضمان

رابعًا: قواعد في تقدير الضمان



رقم القاعدة: ٨٩٥

نص القاعدة: هَل المُعْتَبَرُ فِي الضَّمَانِ بِيَوْمِ التَّلَفِ أَمْ لَا؟[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

ما به الضمان هل هو قيمة يوم التلف أو يوم الأداء؟[٢].

صيغ أخرى للشطر الأول من القاعدة :

١- من أتلف شيئًا لزمته قيمته وقت التلف[٣].

٢- قيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف[٤].

٣- العبرة بيوم التلف[٥].

٤- في ضمان الإتلاف يقدر التعويض بما يعادل المتلف وذلك بأداء مثله أو قيمته يوم إتلافه[٦].

٥- المعتبر في الضمان بيوم التلف مطلقا[٧].

---

(١) القواعد والفوائد للعاملي ١/٤٤٣.

(٢) فقه الصادق لمحمد صادق الحسيني الروحاني ١٦/٤٤٧- المطبعة العلمية- الطبعة الثالثة - رجب ١٤١٢هـ .

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٢٦١.

(٤) الجوهرة النيرة للعبادي ٢/١٨٠ ، اللباب في شرح الكتاب للميداني ٣/٣٢٣.

(٥) فقه الصادق ١٦/٤٣٤.

(٦) التقويم في الفقه الإسلامي لمحمد عبد العزيز الخضير ص ١٠٣.

(٧) القواعد والفوائد للعاملي ١/٣٤٤.

صيغ أخرى للشطر الثاني من القاعدة :

العبرة بقيمة يوم الضمان[1].

قواعد ذات علاقة :

١- المدار في الضمان على قيمة يوم الأداء في القيميات لا يوم التلف ولا أعلى القيم[2]. (أخص).

٢- المتلف بلا غصب تعتبر قيمته يوم التلف[3]. (أخص).

٣- المتقومات تجب قيمتها يوم التلف[4]. (أخص).

٤- المثل إذا انقطع تعتبر قيمته يوم التلف[5]. (أخص).

٥- إذا أتلف عينا تعلق بها حق الله تعالى لزمه ضمانها في ذلك الوقت، لا يوم تلفها[6]. (أخص).

٦- المقبوض بعقد فاسد تعتبر قيمته يوم التلف[7]. (أخص).

٧- المقبوض بعقد فاسد تعتبر قيمته يوم القبض[8]. (أخص).

---

(١) مئة قاعدة فقهية لمحمد كاظم المصطفوي ص٢٣- مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم.

(٢) مئة قاعدة فقهية لمحمد كاظم المصطفوي ص٢٣.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٦٣، مجمع الضمانات للبغدادي ١/٣٤٦ وانظر: أشباه السيوطي ص٣٤٥.

(٤) إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للبكري ٤/٢٠٠.

(٥) ذخيرة الناظر في الأشباه والنظائر للطوري (مخطوط) ١/١٣٤/ب.

(٦) انظر: القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٣٣٧.

(٧) قاعدة المثلي والقيمي لعلي القرة داغي ص٨٢، ٩٣ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) عمدة ذوي البصائر على الأشباه والنظائر (مخطوط) ١/٢٥٤/أ.

٨- من أتلف القيمي فعليه قيمته يوم غصبه[١]. (أخص).

٩- العارية تضمن بقيمة يوم التلف[٢]. (أخص).

شرح القاعدة :

التلف لغة: الهلاك والعطب[٣]. وهو المعنى الاصطلاحي نفسه.

والتلف يكون بعارض سماوي كجائحة مثلاً، ويكون بفعل المخلوق

المراد بيوم التلف: وقت هلاك الشيء المضمون.

ومعنى القاعدة : أن الشيء المضمون إذا تلف، هل العبرة في تضمينه بيوم تلفه، أم بيوم المطالبة بالضمان، أم بيوم الأداء، أم بغير ذلك؟ فالشيء المثلي إذا تعذر وجوده فهل العبرة في تضمينه بوقت التلف أم وقت انقطاعه من الأسواق أم وقت المطالبة أو القضاء أم وقت الأداء؟ والشيء القيمي إذا تغيرت قيمته من يوم إتلافه إلى يوم أدائه، فما المعتبر في ضمانه؟ هذا محل خلاف بين الفقهاء كما سيأتي.

وهذه القاعدة لم ترد بنصها في كتب فقهاء السنة، لكن معناها وفروعها موجودان بكثرة عندهم، وهي كما يبدو من صيغتها المختارة من قواعد الخلاف.

وأسباب الضمان هي:

١- العقد، كالمبيع، والثمن المعين قبل القبض، والسلم في عقد البيع.

---

(١) واقعات المفتين لنقيب زاده ص ١٣١.

(٢) منهاج الطالبين للنووي ص١٤٥، مغني المحتاج للشربيني ٣٣٢/٣، السراج الوهاج على متن المنهاج للغمراوي ص ٢٦٦.

(٣) انظر: لسان العرب، والمصباح المنير، مادة: "تلف".

٢- اليد، سواء أكانت مؤتمنة كالوديعة والشركة إذا حصل التعدي، أم غير مؤتمنة كالغصب والشراء فاسدًا.

٣- الإتلاف مباشرة، نفسًا أو مالاً.

٤- التسبب للإتلاف، كحفر بئر في موضع لم يؤذن فيه مما شأنه في العادة أن يفضي غالبًا للإتلاف[١].

فإذا كان سبب التلف هو العقد، فالخلاف جار في وقت الضمان فالمقبوض بعقد فاسد مثلاً، إذا تلف، هل يقدر الضمان بيوم التلف أم بيوم القبض أم بغيره؟ فعند الحنفية والمالكية: تجب القيمة يوم القبض لا يوم التلف ولا يوم العقد؛ لأنه بالقبض يدخل المبيع في ضمانه؛ ولأن ما يضمن يوم العقد هو العقد الصحيح[٢]، والمذهب عند الشافعية: هو اعتبار أقصى القيمة في المتقوم من وقت القبض إلى وقت التلف[٣]. وهو وجه عند الحنابلة[٤]. وذهب الحنابلة وهو وجه عند الشافعية، وقول محمد بن الحسن من الحنفية إلى أن العبرة بقيمته يوم التلف أو الهلاك؛ لأن بالإتلاف والهلاك يتقرر الضمان[٥].

وإذا كان سبب الضمان هو اليد العادية، كما في حالة الغصب مثلاً، فقد اختلف الفقهاء في وقت تقدير الضمان.

فذهب الحنفية إلى أن المغصوب إذا كان قيميًّا وتلف فالعبرة في ضمانه بقيمته يوم الغصب، فإذا كان التلف بسبب الاستهلاك فالعبرة في الضمان بيوم التلف بلا خلاف في المذهب أما إذا كان المغصوب من المثليات فتلف وتعذر

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ٢٧/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٦٢، القواعد لابن رجب ص ٢٠٤.

(٢) انظر: الدر المختار ١٢٥/٤، مجمع الضمانات للبغدادي ص ١٢٤، كفاية الطالب ١٤٨/٢.

(٣) انظر: روضة الطالبين للنووي ٤٠٩/٣.

(٤) انظر: كشاف القناع ١٩٨/٣.

(٥) انظر: الشرح الكبير للمقدسي ٥٦٠/٤، كشاف القناع ١٩٨/٣، روضة الطالبين ٤٠٩/٣.

وجوده فاختلف المذهب فيه، فيرى الإمام أبو حنيفة اعتبار القيمة يوم القضاء، أي يوم الخصومة وهو يوم حكم الحاكم؛ لأن الواجب هو المثل، ولا ينتقل إلى القيمة بمجرد الانقطاع، لأن للمغصوب منه أن ينتظر حتى يوجد المثل، بل إنما ينتقل بالقضاء، فتعتبر القيمة يوم القضاء وهذا هو المعتمد في المذهب وذهب محمد بن الحسن إلى اعتبار القيمة يوم الانقطاع من السوق؛ لأن الواجب هو المثل في الذمة وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع، فتعتبر قيمته يوم الانقطاع وذهب أبو يوسف: إلى اعتبار القيمة يوم الغصب؛ لأنه لما انقطع من السوق التحق بما لا مثل له، فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب، وهو الغصب[1].

أما المالكية فيرون أن ضمان القيمة في ما كان مثليًّا يعتبر يوم الغصب والاستيلاء على المغصوب سواء أكان عقارا، أم غيره، فلا يتغير تقدير الضمان بتغير الأسعار فليست العبرة عندهم في ذلك بيوم التلف، سواء أكان التلف بعارض سماوي أم بجناية غيره عليه أما إذا كان المغصوب قيميًّا فتلف، فالعبرة في قيمته بيوم الاستهلاك والإتلاف[2].

وعند الشافعية أن المثلي إذا تعذر وجوده تعتبر أقصى قيمة من وقت الغصب إلى تعذر المثل في قول، وفي قول آخر: إلى وقت التلف، وفي قول ثالث: إلى وقت المطالبة فإذا كان المثل مفقودا عند التلف، فالأصح عندهم وجوب أكثر القيم من وقت الغصب إلى التلف، لا إلى وقت الفقد أما إذا كان المغصوب متقوما فيضمن بأقصى قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف[3].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٥١/٧، الهداية للمرغيناني ٢٤٦/٨ - ٢٤٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٢٢٣/٥-٢٢٤، حاشية ابن عابدين ١١٦/٥ واختارت مجلة الأحكام العدلية قول أبي يوسف (انظر المادة: ٨٩١).

(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٣٨٧/٢، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤٤٣/٣، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢١٧.

(٣) انظر: الوجيز للغزالي ٢٠٨/١، شرح المحلي على المنهاج ٣١/٣ - ٣٢، حاشية البجيرمي على متن الإقناع ١٤٣/٣.

ويرى الحنابلة أن المغصوب إذا كان مثليًّا فتلف وتعذر وجوده فالراجح أنه تجب القيمة يوم انقطاع المثل لا وقت التلف؛ لأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل أما إذا كان المغصوب متقوما فالعبرة في الضمان بيوم التلف إن لم تختلف قيمة التالف من حين الغصب إلى حين الرد فإن اختلفت لمعنى في التالف كأن يكون حيوانا فتختلف قيمته حسب الكبر والصغر والسمن والهزال - وغير ذلك - مما يزيد في القيمة وينقص منها، فالواجب رد أكثر ما تكون عليه القيمة من حين الغصب إلى حين الرد، لأنها مغصوبة في الحال التي زادت فيها، والزيادة مضمونة لمالكها[(١)].

وإذا كان سبب الضمان هو الإتلاف أو التسبب فيه، فإذا كان المتلف عارية فلا خلاف بين الفقهاء في أن القيمة تجب يوم التلف سواء أكانت متقومة أم مثلية تعذر وجودها[(٢)]. وإذا كان المتلِف أجيرًا مشتركًا فأتلف أو تسبب في تلف ما يعمل فيه، كالبنّاء أو الخياط أو من يغسل الثياب أو غيره، فعند الحنفية والشافعية في قول عندهم وهو المستفاد من مذهب الحنابلة أن العبرة في تقدير الضمان هو يوم حصول سبب الضمان، وهو التلف أو التعدي والقول الآخر للشافعية: أن القيمة تعتبر أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف، كالغاصب وأما إن قيل بعدم الضمان إلا بالتعدي فتقدر القيمة ما كانت من حين التعدي إلى حين التلف لأن الضمان بالتعدي[(٣)]، وعند المالكية: تقدر قيمة المتلَف بيوم تسليمه إلى الأجير المشترك، لا يوم التلف ولا يوم القضاء[(٤)].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/ ٤٢٠ - ٤٢٢، كشاف القناع للبهوتي ١٠٨/٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣٩٠٧/٨، شرح مختصر خليل للخرشي ١٢٣/٦، نهاية المحتاج للرملي ١٤١/٥، المغني ٢٢٣/٥.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ١٣٣/٥، المهذب ٤٠٨/١، المغني ١١٨/٦.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي ٢٨/٤.

ومما سبق يتبين أن القاعدة خلافية وهذا يبدو كذلك من صيغتها المختارة، وسبب الخلاف فيها هو تعدد أسباب الضمان، واختلاف الشيء المضمون، فالمثلي له أحكام، والقيمي له أحكام أخرى.

ومجال العمل بالقاعدة يشمل قسم الضمان بمختلف أبوابه في المعاملات، وكذا في بعض العبادات.

أدلة القاعدة :

استدل القائلون بأن العبرة في تقدير الضمان بيوم التلف بما يلي :

١- أن يوم التلف هو اليوم الذي خرج ملك صاحب الشيء المضمون عنه فيه، وقبل التلف لا يزال ملكا لصاحبه فزيادته ونقصه عليه.

٢- أن التلف هو سبب الضمان وبه يتقرر الضمان على المتلِف، وقبل التلف لا يكون مضمونا عليه[١].

واستدل المخالفون بما يلي :

أن القيمة تجب في المثلي يوم قبض الضمان لأن الواجب هو المثل إلى حين قبض البدل، بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو المثل دون القيمة[٢].

تطبيقات القاعدة :

١- لو تلف المال الذي بلغ النصاب بعد حلول الحول بتفريط من صاحبه وكان ماله بقرا وإبلا، فعند القائلين بالقاعدة: يضمن قيمتها يوم التلف

---

(١) انظر: مجمع الضمانات ١/٤٧٦.

(٢) انظر: المغني ٥/٤٢٠ - ٤٢٢.

وعند المخالفين: يضمن قيمتها يوم وجوب الزكاة.

٢- إذا أتلف رجل أضحية غيره فعليه قيمتها يوم التلف؛ لأن المعتبر في الضمان يوم التلف[1].

٣- إذا اختلف المتبايعان وفُسخ العقد وكان المبيع قد تلف، فعند القائلين بالقاعدة: الضمان بقيمته يوم التلف وعند المخالفين: الضمان بقيمته يوم القبض[2].

٤- إذا غصب رجل من آخر شيئًا فتلف في يده فعند القائلين بالقاعدة فإنه يضمن قيمته يوم التلف وفي قول للمخالفين: العبرة بيوم التعذر وانقطاع المثل وفي قول آخر لهم: العبرة بيوم المطالبة والقضاء وفي قول: العبرة بيوم الغصب وفي قول: الضمان بالأكثر من الغصب إلى يوم التلف[3].

٥- إذا استعار رجل سيارة في أول الشهر، وتلفت في منتصفه، وطالبه المعير بالضمان في آخر الشهر، وكانت قيمتها حين الاستعارة عشرة آلاف مثلاً، وقيمتها يوم التلف عشرون ألفا، وقيمتها حين المطالبة ثلاثون ألفًا، فيلزم المستعير بالعشرين التي هي قيمته يوم التلف؛ لأن العبرة في الضمان بيوم التلف.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦٦/٥، مواهب الجليل ٢٥٠/٣، روضة الطالبين ٢١١/٣ الإنصاف للمرداوي ٩٥/٤، شرح الأزهار لابن مفتاح ٨٩/٤.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٤٢، أشباه ابن نجيم ص٣٦٣ وذكر السيوطي فيه أقوالا أخرى، ففي قول: الضمان بأقل القيمتين من يوم القبض إلى يوم التلف وفي قول آخر: بأكثر القيمتين والقول الخامس: بأقل القيمتين من العقد إلى القبض.

(٣) انظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢٨٤/٢، المجموع شرح المهذب ٣٧٠/٩، نهاية المحتاج ١٥٨/٥، المغني ٢٠٧/٥ – ٢٠٨.

٦- إذا دفع رجل ثيابه إلى محل لغسل الملابس فتلفت فيه بتعد أو تفريط، تجب قيمة الثياب يوم التلف وفي قول: تعتبر القيمة أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف وفي قول تقدر قيمة المتلَف بيوم تسليمه إلى الأجير المشترك، لا يوم التلف ولا يوم القضاء[١].

٧- إذا خالف المضارب شروط صاحب المال فتلف مال المضاربة، فعلى المضارب قيمته يوم تلفه؛ لأن العبرة في الضمان بيوم التلف[٢].

٨- إذا تلف صداق المرأة في يد الزوج بتفريط منه، يضمن قيمته يوم تلفه؛ لأن العبرة بيوم التلف[٣].

٩- إن أتلف الأبوان شيئًا من مال الصغير بتفريط فإنهما يضمنان قيمته يوم التلف[٤].

١٠- المرهون يكون مضمونا بالقيمة يوم القبض بالنسبة إلى المرتهن وبالقيمة يوم التلف بالنظر إلى الأجنبي[٥].

فتحي السروية

* * *

---

(١) انظر نظير ذلك في: تبيين الحقائق ١٣٣/٥، المهذب ٤٠٨/١، المغني ١١٨/٦، حاشية الدسوقي ٢٨/٤.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٢٠٤/٣، المغني ١٦٥/٥.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٥٧٧/٥، ٦٢٨، المجموع شرح المهذب - تكملة المطيعي ٣٤٢/١٦، ٣٤٥.

(٤) المقارنات التشريعية تطبيق القانون المدني والجنائي علي مذهب الإمام مالك لمحمد حسنين مخلوف ص ١١٦.

(٥) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٢١/٢.

رقم القاعدة: ٨٩٦

نص القاعدة: المُعْتَبَرُ قِيمَةُ المُسْتَهْلَكِ فِي مَكَانِ الاسْتِهْلاكِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- العبرة في قيم المستهلكات في أصول الشرع مواضع الاستهلاك[٢].

٢- إذا وجبت قيمة المتلف اعتبر بمحل الإتلاف[٣].

٣- تعتبر القيمة في موضع الإتلاف[٤].

٤- تجب قيمة المتلف في بلد التلف[٥].

٥- يعتبر التقويم بمحل التلف[٦].

٦- يقع التقويم في مكان التلف[٧].

٧- الاعتبار في الضمان إنما هو بمحل التلف[٨].

---

(١) الفتاوى الهندية ٦/٢٢١.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٣١٩.

(٣) المنثور للزركشي ٢/٣٣٠، وفي لفظ: "تعتبر قيمة المتلف في موضع إتلافه" الحاوي ٩/٤٨٨.

(٤) مغني المحتاج ٣/٣٥١، وبلفظ آخر "تعتبر القيمة بمحل الإتلاف" حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/١٧٧، غاية البيان شرح زبد بن رسلان للرملي ص ١٨٠.

(٥) نظرية الضمان للزحيلي ص ٩٩.

(٦) انظر: شرح الخرشي ٢/٣٧٤ وينظر الشرح الكبير للدردير ١/٨٠، الفواكه الدواني ١/٣٧٣.

(٧) حاشية البجيرمي ٣/١٧٠.

(٨) الإنصاف للمرداوي ٦/١٩٥.

قواعد ذات علاقة :

١- الواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضًا للضرر[١]. (متكاملة).

٢- قيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف[٢]. (متكاملة).

٣- يعتبر الضمان بغالب نقد بلد التلف[٣]. (متكاملة).

٤- يلزم الغاصب قيمة بلد التلف[٤]. (أخص).

شرح القاعدة :

لا يخفى أن الضمان بسبب الإتلاف يكون برد مثل المتلف إن كان مثليًّا، فإن تعذر ذلك، أو كان قيميًّا، فإن الضمان يكون بالقيمة؛ لأنه الأمر المقدور عليه في إزالة الضرر عمن أتلف ماله.

هذه القاعدة من القواعد المهمة في كيفية تقدير الضمان، ومفادها: أن من وجب عليه ضمان الإتلاف، وكان المضمون قيميًّا، أو كان مثليًّا لكن تعذر مثله، واختلفت قيمته من بلد إلى آخر، فإنه يجب عليه قيمة الشيء التالف في موضع التلف والاستهلاك، ولا يلتفت إلى قيمته في مكان آخر.

وهي تتكامل مع القواعد الأخرى في كيفية تقدير الضمان، منها القاعدة التي تفيد أن وقت التلف هو المعتبر في تقدير الضمان[٥] - كما سبقت الإشارة

---

(١) نظرية الضمان للزحيلي ص ٩٣.

(٢) الجوهرة النيرة ٢/١٨٠ وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "هل المعتبر في الضمان بيوم التلف أم لا؟".

(٣) تحفة المحتاج ٦/٢٥ وبلفظ آخر: "تعتبر القيمة من نقد البلد الذي تلف فيه" الإنصاف للمرداوي ٦/١٩٥.

(٤) روض الطالب مع أسنى المطالب ٢/٣٤٦.

(٥) انظر: شرح النيل وشفاء العليل ١٢/١١٩.

إليه ضمن قواعد ذات علاقة - وكلتاهما حاضرة لدى الفقهاء فيما أوردوه من تطبيقات، وإن كانت القاعدة المتعلقة بربط تقدير الضمان بوقت التلف أكثر ذكرا في كتب الفقهاء من قاعدة ربطه بمحل التلف؛ وذلك لندرة المنازعات المتعلقة بمحل التلف في الماضي عند تقدير الضمان؛ لقلة انتقالهم من بلد إلى آخر، وضعف وسائل الانتقال وصعوبته، أما في العصر الحديث وازدهار تكنولوجيا المواصلات وكثرة التنقل بين البلاد وسهولته فقد أصبح محل التلف ذا أهمية قصوى في تقدير الضمان عند التنازع؛ لتفاوت أسعار بعض الأشياء من بلد إلى آخر تفاوتا يعتد به في العرف التجاري.

ويشترط لإعمال هذه القاعدة ما يلي:

١ - أن لا يكون هناك اتفاق بين العاقدين — أو اشتراط من أحدهما - أثناء العقد على أن يكون تقدير الضمان بمحل دون غيره؛ فإن كان ثمة شرط وجب اعتباره؛ لأن المسلمين عند شروطهم، ولأن القواعد المتعلقة بكيفية تقدير الضمان قواعد إجرائية يجوز للآدميين الاتفاق على ما يخالفها بما يحقق لهم المصلحة في منظورهم.

٢ـ أن يكون محل التلف صالحا لاعتباره معيارا للتقويم، فإن لم يكن كالصحراء، اعتبرت قيمة الشيء التالف فيها بأقرب المواضع إليها[(١)].

وتجدر الإشارة إلى أن الشيء إذا كان مما يتطلب مؤنة في نقله، وجب اعتبار هذه المؤنة عند التقويم، لدفع الضرر عن المضمون له[(٢)].

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/‏٣٥١.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٤/‏٢٧، الفواكه الدواني ١/‏٣٧٣، أسنى المطالب ٢/‏٣٤٦، حاشية البجيرمي ٣/‏١٧٠، حواشي الشرواني ٦/‏٢٥، دقائق أولي النهى ١/‏٥٤٤، كشاف القناع ٤/‏١٠٨، المنثور ٢/‏٣٣٧.

وهذه القاعدة معمول بمقتضاها لدى الفقهاء ومجالها يشمل ضمان المتلفات سواء كان الضمان باليد كضمان الغاصب أو كان الضمان بالتعدي والتفريط كضمان المودع لديه والمستعير والمرتهن والمستأجر والشريك وغيرهم.

أدلة القاعدة:

١- إنما اعتبر محل التلف في تقدير الضمان؛ لأن قيم الأشياء تختلف من بلد لآخر كاختلافها من وقت لآخر، ولو أجبر صاحب الشيء أو الضامن على غير ذلك بلا سائغ آخر، لكان في ذلك ضرر بأحدهما؛ لاختلاف الأسعار باختلاف المكان[(١)].

٢- لأن مكان التلف هو محل وجوب الضمان، وحيث وجد سببه وجب الاعتبار به[(٢)].

تطبيقات القاعدة:

١- لو أن مُحْرِمًا اصطاد صيداً وأتلفه وجبت عليه قيمته في المكان الذي أتلفه فيه[(٣)]، بناءً على موجب هذه القاعدة.

٢- من أتلف مالا قيميًّا لغيره كأن ذبح حيوانًا له بغير إذنه، فإنه يضمن قيمته في مكان الذبح[(٤)].

---

(١) انظر: التجريد للقدوري ٦/٢٧٧٩، حاشية العدوي ٢/١٧٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٣، عون المعبود ٤/٣١٧، شرح الأزهار ٤/٢٧٠، نظرية الضمان للزحيلي ص ٩٣.

(٢) انظر: الإنصاف ٦/١٩٥.

(٣) انظر: المغني ٣/٢٧٣، ٢٧٤، الذخيرة للقرافي ٣/٣٣٤، المنهج القويم للهيتمي ص٦٤١، أسنى المطالب ١/٥١٧.

(٤) انظر: هذا المعنى في المهذب للشيرازي ١/٢١٧، الفروع لابن مفلح ٣/٣١٩.

٣- لو نقل شخص شيئًا من مصر إلى مكة، مثلاً، ثم غصبه آخر هناك، ثم طالبه مالكه به بمصر فتلزمه قيمته بمكة[١]، بناءً على مقتضى هذه القاعدة.

٤- من استورد بضاعة قيمية من بلد فأتلفها شخص في بلده، فإن الضمان يكون بحسب قيمتها في بلده الذي أتلفت فيه[٢]. لأن العبرة في قيم المستهلكات بمحل التلف.

٥- إذا أتلف شخص شيئًا لغيره في بلد ما، ثم أقام عليه الدعوى مطالبًا الضمان في بلد آخر، يقدر ضمانه حسب قيمته في البلد الذي حصل فيه التلف[٣]؛ لأن الأصل في قيم المستهلكات في أصول الشرع مواضع الاستهلاك.

٦- من سافر من بلده إلى بلد آخر بسيارته، فأتلفها شخص في ذلك البلد وجب عليه الضمان بحسب قيمته في ذلك البلد المسافر إليه[٤]. لأن المعتبر قيمة المستهلك في مكان الاستهلاك.

د. مبروك عبد العظيم أحمد مصري

* * *

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٥/١٦٣، حاشية الجمل ٣/٤٨١.

(٢) ينظر نظيره في: حاشية البجيرمي ٣/١٧٣.

(٣) ينظر نظيره في: الفواكه الدواني ١/٣٧٣.

(٤) ينظر معناه في: نظرية الضمان للزحيلي ص ٩٩.

رقم القاعدة: ٨٩٧

نص القاعدة: الْأَصْلُ أَنَّ مَنْ أَتْلَفَ مِثْلِيًّا فَعَلَيْهِ مِثْلُه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المثليات تضمن بالمثل دون القيمة[٢].

٢- المثلي لا يضمن إلا بمثله[٣].

٣- لا يجبر المثلي بغير مثله[٤].

٤- كل ما كان مثليًّا إذا استهلكه شخص يجب عليه مثله[٥].

٥- ما كان مثليًّا ضمن بمثله[٦].

٦- المعلوم من الأصول أن ضمان المثليات بالمثل[٧].

---

(١) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٣٦، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٢/٣٦، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٢/٦٢٩.

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٢/٢٤٣.

(٣) السيل الجرار للشوكاني ٣/١٦ ووردت في البحر الزخار لأحمد المرتضى ١/١٧٩ بلفظ: "المثلي مضمون بمثله".

(٤) الذخيرة للقرافي ٨/٢٩٠ ووردت فيه أيضًا ٣/٣٠٢ - ٣٠٣ بلفظ: "تجبر الأموال المثلية بأمثالها".

(٥) عمدة القاري للعيني ١٣/٣٧ ووردت في الفروق للقرافي ٢/٨١ بلفظ: "المتلف المثلي من المكيلات والموزونات تجب غرامة مثله".

(٦) فتاوى الرملي ٢/٢٥٢.

(٧) إحكام الأحكـــام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ٣/١٢٠، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٤/٣٦٦، عمدة القاري ١١/٢٧٣.

٧- الأصل في المثلي أن يقضى على متلفه بالمثل[١].

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل في بدل المتلف أن يكون من جنس المتلف[٢]. (أصل).

٢- الأصل أن من أتلف مقوما فعليه قيمته[٣]. (قسيمة).

٣- الأصل مساواة البدل للمبدل[٤]. (أصل للقاعدة).

٤- الضمان يستدعي المماثلة[٥]. (معللة بها).

٥- المثلي لا يتغير ضمانه بنقص القيمة[٦]. (مكملة).

٦- المثل يقوم مقام العين[٧]. (معللة بها).

٧- ما ضمن كله بالمثل ضمن بعضه بالمثل[٨]. (أخص).

٨- المثل لا يسقط بالإعواز[٩]. (مكملة).

---

(١) الدليل الماهر الناصح للولاتي ص ١٦٢.

(٢) شرح العمدة لابن تيمية ٣١٨/٣.

(٣) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٣٦، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٣٦/٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الأصل في المتقومات القيمة".

(٤) الذخيرة للقرافي ٦٧/٥، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "البدل يكون على صفة الأصل ونهجه".

(٥) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٢٤٧/٤ ووردت في تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٣٢٩/١ بلفظ: "الأصل في الضمان هو المثل"، وانظر قاعدة: "الضمان بقدر التالف"، في قسم القواعد الفقهية.

(٦) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٢٦/٦، الفتاوى الفقهية الكبرى له ٩٩/٣.

(٧) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤٠٩/٢٩.

(٨) المهذب للشيرازي ٢١٦/١، وانظر قاعدة: "ما ضمنت جملته ضمنت أبعاضه" في قسم القواعد الفقهية.

(٩) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٤٤.

شرح القاعدة:

المثلي في اللغة: نسبة إلى المثل، وهو الشِّبْه[١].

والمثلي في الاصطلاح هو: «كل ما يوجد له مثل في الأسواق، بلا تفاوت يعتد به»[٢].

وعرفه المالكية بقولهم: «ما حصره كيل أو وزن أو عدد ولم تتفاوت أفراده»[٣].

والتعريف الثاني يفسر الأول، ويحصر الأشياء التي يكون فيها التماثل، وهي عند الحنفية «تنحصر في أربعة أنواع: الموزونات، والمكيلات، والذرعيات، والعدديات المتقاربة»[٤]، فهي «إما مكيل أي مقدر بالكيل؛ كالقمح والشعير ونحوهما، والزيت والبنـزين ومعظم السوائل في الزمن الحاضر، أو موزون؛ كالمعادن من ذهب وفضة وحديد ونحوها، أو مذروع؛ كأنواع من المنسوجات التي لا تفاوت بينها، أو معدود؛ كالنقود المتماثلة، والأشياء التي تقدر بالعدد، وليس بين أفرادها تفاوت يعتد به؛ كالبيض والجوز ونحوهما»[٥].

وأما الشافعية والحنابلة فالمثلي عندهم هو: «ما حصره كيل أو وزن، وجاز السلم فيه»[٦] على المعتمد في المذهب، فلا يدخل فيه المذروع

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور ٦١٠/١١، القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ١٠٥٦، مادة: مثل.

(٢) الدر المختار مع رد المحتار ١٨٥/٦، تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ١٦٣/٢، مجلة الأحكام العدلية، المادة: ١٤٥.

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل ١٣٥/٦، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٥٩٣/٣.

(٤) المدخل إلى نظريـة الالتزام للزرقـا ص ١٤٣ وانظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٠٥/٣-١٠٦.

(٥) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لنـزيه حماد ص ٤٢.

(٦) منهاج الطالبين للنووي مع تحفة المحتاج للهيتمي ١٩/٦، روض الطالب مع أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٤٥/٢ وكذلك عرفه الحنابلة، جاء في كشاف القناع للبهوتي ٣١٤/٣: "المثلي هو: المكيل والموزون الذي لا صناعة فيه مباحة يصح السلم فيه" وانظر: الإنصاف للمرداوي ١٩٢/٦.

والمعدود عندهم، وبهذا يتبين أن دائرة المثلي عند الحنفية والمالكية أوسع مما هو عند الشافعية والحنابلة ووسع بعض الفقهاء دائرة المثلي أكثر من ذلك فقال: «المثليات: ما كان لها مثل أو مشابه أو مقارب»[١]؛ وذلك لأن المماثلة من كل وجه تتعسر حتى في المكيلات، فمن أتلف صاعًا من بر فضمن بصاع من بر لم يعلم أن أحد الصاعين فيه من الحب ما هو مثل الآخر، بل قد يزيد أحدهما على الآخر، فتكفي المماثلة في أكثر الصفات لاعتبار الشيء مثليًّا[٢].

ومعنى القاعدة: أن الأصل في كل ما كان مثليًّا من الأعيان المضمونة إذا أتلفه شخص أو استهلكه أو فات في يده بسبب ما؛ كضياع ونحوه أنه يجب عليه ضمانه بمثله في صفته، «فإذا أتلف جيدًا لزمه مثله قدرًا وجودة»[٣]، فمن استعار ذهبًا أو نحاسًا أو حديدًا أو قلمًا أو حاسوبًا ففرط في حفظه فضاع منه أو تلف وجب عليه ضمانه بمثله، ومن وقع في مخمصة فلم يجد إلا طعاما لغيره من قمح وبر أو شعير ونحو ذلك من المكيلات أو الموزونات فأخذه وجب عليه أن يضمنه بمثله؛ وذلك «لأن المثل أقرب إلى رد العين الذي هو الأصل من القيمة»[٤]. لكن إذا تعذر الحصول على المثل لسبب ما فينتقل الضمان حينئذ إلى القيمة؛ كما تقرره القاعدة الأخرى: «إذا تعذر المثل تعينت القيمة»[٥].

ولا يؤثر في وجوب رد المثل ارتفاع السعر أو انخفاضه، «فالمثلي يضمن بمثله، وإن زادت القيمة أو نقصت»[٦].

وأساس اعتبار المال مثليًّا في الشريعة هو: التماثل بين أجزائه وآحاده،

---

(١) القواعد والأصول الجامعة للسعدي مع تعليقات ابن عثيمين ص ١٤٠.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/٥٦٥.

(٣) رد المحتار لابن عابدين ٥/١٧٩.

(٤) الفروق للقرافي ١/٢١٤.

(٥) كشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٩.

(٦) حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢/٣٤٥ بتصرف يسير.

وعدم التفاوت المعتد به بينها[١]، ومن أجل ذلك صرح بعض الفقهاء بأن «ليس كل مكيل مثليًّا، ولا كل موزون، وإنما المثلي من المكيلات والموزونات ما هو متقارب، وأما ما هو متفاوت فليس بمثلي»[٢]. ولاختلاف الزمان والأحوال تأثير كبير في ذلك، فمع تطور أساليب الحياة؛ نتيجةً للتطور العلمي والتقني، والثورة الصناعية الكبرى أصبح الأمر يختلف عما كان عليه في الماضي، فكثير مما كان يعد قيميًّا في السابق أصبح مثليًّا؛ لانعدام التفاوت بين أفراده، فأصبحت المصانع تنتج في اليوم الواحد آلاف الأشياء التي تتماثل أفرادها بدقة متناهية، فلم يبق المثل محصورا بالمعايير السابقة؛ يقول الشيخ الزرقا: «الأموال التي كانت في عصور فقهائنا السابقين ذات وحدات قياسية متماثلة تقاس بها، هي الوحدات المتعارفة الأربع: بالثقل أو الحجم أو المسافة أو التعداد، واليوم في عصرنا هذا قد وجد بعض أموال أخرى اكتشفها العلم بقوانين الطبيعة، وأصبحت تعتبر من أعظم الأموال شأنا في حياة المجتمعات البشرية، وهي تباع وتشترى وتقاس كميتها بوحدات قياسية غير تلك المقاييس، وعندئذ يجب تعديل الحصر الفقهي السابق للأموال المثلية بالأنواع الأربعة بحسب نوع وحداتها القياسية التقليدية، وذلك بأن نقول: إن المال المثلي ينحصر في كل ما يقاس بوحدات قياسية متماثلة تحدد مقداره، سواء أكانت وحدته القياسية هي الثقل أو الحجم أو المسافة أو التعداد أو غير ذلك من المقاييس المنضبطة»[٣].

والقاعدة محل اتفاق بين الفقهاء، قال ابن قدامة: «ما تتماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالدراهم والدنانير والحبوب والأدهان ضمن بمثله بغير خلاف»[٤]، وقال ابن المنذر: «أما الذي على متلفه مثل ما أتلف، فمثل الحنطة والشعير والتمر والسمن والزبيب وما أشبه ذلك ولا نعلم أحدا خالف في

---

(١) انظر: تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٢/١٦٣، أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ٣٨.

(٢) الفتاوى الهندية ٥/١١٩، تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٢/١٦٢.

(٣) المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقا ص ١٥١- ١٥٢.

(٤) المغني لابن قدامة ٥/١٤٠.

ذلك»[١]. وإن كان هناك اختلاف بين الفقهاء في بعض الفروع والجزئيات فمرجعه إلى الخلاف في تحقيق المناط في كون الشيء مثليًّا أم لا.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]؛ قال الجصاص: «(هذا) عموم في أن من استهلك لغيره مالا كان عليه مثله»[٢]، وقال ابن تيمية: «الواجب ضمان المتلف بالمثل بحسب الإمكان؛ قال تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى:٤٠]، وقال: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾، وقال: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦]، وقال ﴿وَٱلْحُرُمَٰتُ قِصَاصٌ﴾ [البقرة: ١٩٤]»[٣]، وذلك «لأن ضمان الإتلاف ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل»[٤].

٢- قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]، فالآية نص على أن من صاد صيداً وهو محرم فجزاء ذلك أن يذبح مثل ذلك الصيد في الصورة والشبه من بهيمة الأنعام[٥]، وفي ذلك دليل على أن الأصل في الضمان هو المثل.

---

(١) الإشراف لابن المنذر ٢/٥١٧.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/٣٥٩.

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/٥٦٤ وانظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٢/٢٠، عارضة الأحوذي لابن العربي ٦/١١٣.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٦٨.

(٥) انظر: المنتقى شرح الموطأ للقاضي أبي الوليد الباجي ٢/٢٥٣، الفروق للقرافي ٢/٨١، المهذب ١/٢١٦، الإنصاف للمرداوي ٣/٥٣٦.

٣- ما روته عائشة - رضي الله عنها - قالت: ما رأيتُ صانعةَ طعام مثل صفيةَ، صنعتْ لرسولِ الله ﷺ طعامًا - وهو في بيتي - فأخذني أَفْكَلُ[١]، وارتعدتُ مِن شدَّةِ الغَيْرَةِ، فكسرتُ الإناءَ، ثم نَدمْتُ، فقلتُ: يا رسولَ الله، ما كَفَّارةُ ما صنعتُ؟ فقال: «إِناء مثل إِناء، وطعام مثل طعام»[٢]. ففي إيجاب النبي ﷺ بدل الإناء المكسور إناء مثله دليل على أن الأصل في الضمان هو المثل فيما له مثل؛ قال الصنعاني: «والحديث دليل على أن من استهلك على غيره شيئًا كان مضمونًا بمثله، وهو متفق عليه في المثلي من الحبوب وغيرها»[٣].

٤- لأن المثل أقرب إلى المضمون من القيمة، فالمثل مماثل له من طريق الصورة والمعنى، بخلاف القيمة فإنها تشبهه من حيث المعنى دون الصورة، ولا عبرة بالمثل القاصر مع وجود المثل التام[٤].

٥- لأن ضمان الإتلاف من باب ضمان جبر الفائت، ومعنى الجبر بالمثل أكمل منه بالقيمة، فلا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا عند التعذر[٥].

٦- الإجماع؛ قال ابن المنذر: «أجمعوا على أن المتلف للسلع يجب عليه مثل ما أتلف، إذا كان لها مثل»[٦]، وقال ابن العربي: «أجمعت الأمة على أن من أتلف شيئًا فعليه مثله»[٧].

---

(١) الأفكل: شدة الرعدة من البرد أو الخوف انظر: النهاية لابن الأثير ٣/٣٦٦.
(٢) رواه أحمد ٤٢/٧٨-٧٩ (٢٥١٥٥)، وأبو داود ٤/٢٠٥ (٣٥٦٣)، والنسائي ٧/٧١ (٣٩٥٧)
(٣) سبل السلام للصنعاني ٢/١٠١.
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/٥٠، بدائع الصنائع ٧/١٥٠، المغني لابن قدامة ٥/١٣٩.
(٥) بدائع الصنائع ٧/١٥٠.
(٦) الإشراف لابن المنذر ٢/٥١٧.
(٧) عارضة الأحوذي لابن العربي ٦/١١٣.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا استسلف الساعي زكاة رجل قبل حولها، فتلفت في يده، فإنه يضمن للمساكين مثل ما تلف، إن كان له مثل[١].

٢- لو ذبح شاة منذورة في وقتها، ولم يفرق لحمها على مستحقيه حتى فسد لزمه شراء لحم بدله؛ بناء على أنه مثلي[٢].

٣- من غصب شيئًا له مثل؛ كالمكيل والموزون من القمح والشعير ونحوهما فهلك في يده فعليه ضمان مثله[٣].

٤- المبيع بالبيع الفاسد إذا استهلكه المشتري أو أتلفه وجب عليه ضمان مثله إن كان مثليًّا[٤].

٥- من اقترض شيئًا من المثليات؛ كالتمر والملح ونحوهما وجب عليه رد مثله؛ لأن المثل يجب في كل مضمون بحسب الإمكان[٥].

٦- من أتلف رطل زيت مملوك لغيره وجب عليه إخراج رطل زيت مثله لصاحبه؛ لأن المتلف المثلي من المكيلات والموزونات تجب غرامة مثله[٦].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ١/٢٠٩-٢١٠.

(٢) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١/٥٤٣، مغني المحتاج للشربيني ٦/١٣٢.

(٣) انظر: شرح السنة للبغوى ٨/١٩٢، بدائع الصنائع ٧/١٥٠، الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٩/٣١٨، شرح ميارة على تحفة الحكام ٢/٢٥٥، المغني لابن قدامة ٥/١٣٩، المحلى لابن حزم ٦/٤٣٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٥٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٧١، تكملة المجموع للسبكي ١١/١٢٦.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٧/٣٩٥، أسنى المطالب ٢/١٤٣، الإنصاف للمرداوي ٥/١٢٩، المحلى ٦/٣٤٧.

(٦) انظر: الفروق للقرافي ٢/٨١.

٧- إذا قال البائع للمشتري: قيمة متاعي كذا، أو قال متاعي يساوي كذا؛ فاشترى بناء على قوله، ثم ظهر فيه غبن فاحش فإنه يرده، فإذا تصرف في بعض المبيع قبل علمه بالغبن فيرد مثل ما أتلفه ويرجع بكل الثمن[١].

٨- من اعتدى على مال غيره فسرقه وأتلفه وجب عليه ضمانه بمثله إن كان من المثليات[٢]؛ كمن دخل متجرا للبيع فسرق منه جوالا وجب عليه ضمانه بمثله.

٩- من أخذ شيئًا من أموال الناس ظلما؛ عن طريق شهود الزور ونحو ذلك، ثم استهلكه أو أتلفه وجب عليه ضمانها بمثلها إن كان له مثل[٣].

١٠- من استعار كتابًا مطبوعًا فأتلفه فإنه يضمنه بمثله؛ لأن الكتب المطبوعة في مطبعة واحدة بصفة واحدة من المثليات، فيأتي بمماثل له، ويسلمه لصاحبه[٤].

استثناءات من القاعدة:

المثل قد يضمن بقيمته في صور، إما لتعذر الحصول عليه أو لسبب آخر[٥]، ومن ذلك ما نصّ عليه القرافي بقوله: «خرج عن جبر المثلي بمثله

---

(١) انظر: الدر المختار للحصكفي مع رد المحتارلابن عابدين ١٤٣/٥.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ١١٣/٩، كشاف القناع للبهوتي ١٤٩/٦.

(٣) انظر: دليل الفالحين لابن علان الصديقي ٢٢٥/٢.

(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٠٧/٣، قواعد البيوع وفرائد الفروع للسعيدان ص ١٤٧ نسخة إلكترونية.

(٥) انظر: المنثور للزركشي ٣٣٦/٢- ٣٤٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٧ وما بعده.

صورتان: المصراة، وغاصب الماء في موضع غلائه»[١]، وذلك «لخروج المثل عن أن يكون له قيمة»[٢]، «مثل أن يشرب المضطرون ماء مغصوبا في مظان فقد الماء، وغلاء ثمنه، وارتفاع قيمته، فإنهم يضمنونه إذا حضروا بقيمته في محل عزته كي لا تضيع على مالكه قيمته وماليته»[٣]، وأما خروج المصراة عن القاعدة فلورود النص بذلك، وهو ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ، أنه قال: «لا تُصَرُّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعا من تمر»[٤]، قال القرافي: وذلك «لأجل اختلاط لبن البائع بلبن المشتري، وعدم تمييز المقدار»[٥].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) الذخيرة للقرافي ١٢/ ٣٨٢.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٧، أسنى المطالب ٢/ ٣٤٦، مغني المحتاج ٣/ ٣٤٧.

(٣) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ١٨٠- ١٨١ وانظر: المنثور ٢/ ٣٣٧، كشاف القناع للبهوتي ٤/ ١٠٧، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/ ٥٤.

(٤) رواه البخاري ٣/ ٧٠ (٢١٤٨)، (٢١٥٠)، (٢١٥١)، ومسلم ٣/ ١١٥٥(١٤١٢)/(١١)، و١١٥٨/ ١١٥٩-٣(١٥٢٤) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) الفروق للقرافي ١/ ٢١٤.

رقم القاعدة: ٨٩٨

نص القاعدة: الْمِثْلِيُّ إِذَا دَخَلَتْهُ صَنْعَةٌ صَارَ مِنَ الْـمُقَوَّمَات[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المثلي إذا دخلته صنعة لزمت القيمة فيه[٢].

٢- المثلي إذا دخلته صنعة فإنه يقضى فيه بالقيمة ويلحق بالمقومات[٣].

٣- المثلي إذا صنع فإنه يصير مقوما[٤].

٤- كل مصنوع فليس بمثلي، بل متقوم[٥].

٥- ما كان فيه صناعة مباحة فإنه يخرج عن كونه مثليًّا[٦].

قواعد ذات علاقة:

١- إذا تعارضت الصورة والمادة فهل تقدم الصورة أو المادة؟[٧]. (أعم).

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ٣١٢/٤.

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي ١٣٥/٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٤٧/٣، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٥٩٣/٣.

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ١٣٤/٦.

(٤) منح الجليل لعليش ٩٨/٧.

(٥) الشرح الممتع لابن عثيمين ٢٧٤/١٢.

(٦) الشرح الممتع لابن عثيمين ١٢١/١٠.

(٧) إعداد المهج للشنقيطي ص ١٣٠ ووردت في القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة لأحسن زقور ٧٥١/٢ بلفظ: "إذا تعارض حكم المادة وحكم الصورة المباحة، هل يقضي فيه بالمثل أو بالقيمة؟".

٢- الصنعة لا تنقل المثلي[١]. (مخالفة).

٣- الموزون إذا دخلته صنعة هل يقضى فيه بالمثل أو بالقيمة؟[٢]. (أخص).

٤- المصوغ إذا هلك تلزم فيه القيمة[٣]. (أخص).

٥- الأصل أن من أتلف مثليًّا فعليه مثله[٤]. (مقيَّدة بها).

٦- الصناعة المحرمة كالعدم[٥]. (مقيِّدة).

شرح القاعدة :

معنى القاعدة: أن الأشياء المثلية من المكيلات والموزونات ونحوها إذا دخلتها الصنعة فإنها تصبح قيمية، وتضمن عند التلف أو الفوات بالقيمة؛ فالأواني المصوغة من الحديد والنحاس وغيرها من الأشياء التي أصلها الوزن تضمن بقيمتها؛ لأنها خرجت عن المثلية بالصناعة.

ويشترط في الصنعة التي تحول المثلي إلى القيمي أن تكون مباحة، كما صرح بذلك الحنابلة[٦]، أما إذا كانت محرمة فلا أثر لها، فلو أتلف أحد على

---

(١) منح الجليل لعليش ٩٩/٧.

(٢) إيضاح المسالك للونشريسي ص١٣٥، قاعدة: ٨٩، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٦٢٧/٢، الإسعاف بالطلب للتواتي ص١٤١.

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ٣٩/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣١/٣.

(٤) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٣٦، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٣٦/٢ ووردت في البحر الزخار ١٧٩/١ بلفظ: " المثلي مضمون بمثله" ووردت في شرح النيل لأطفيش ٤٦٣/٨ بلفظ أعم: "الأصل في المتلف رد المثل ما أمكن"، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٣١/١، مطالب أولي النهى للرحيباني ٩١/٢ ووردت في كشاف القناع للبهوتي ١٠٨/٤ بلفظ: "الصناعة المحرمة لا قيمة لها شرعًا".

(٦) الإنصاف للمرداوي ١٩٨/٦، شرح منتهى الإرادات ٣١٩/٢.

إنسان إبريقًا أو ملاعق من الذهب أو الفضة فإنها تضمن بوزنها من جنسها، ولا يعتد بالصنعة؛ لأن «الصناعة المحرمة لا قيمة لها شرعا»[١]؛ فكان وجودها كعدمها.

والمثليات في تحولها بالصنعة إلى المقومات على قسمين[٢]:

القسم الأول: المثليات التي لا يختلف حكمها بإحداث الصنعة، بل تنتقل إلى مثلي آخر؛ كالمنسوجات المحكمة الصنعة، وسائر الصناعات التي تتم بواسطة المصانع الآلية الحديثة التي تنتج الكميات الضخمة من السلع المتماثلة في المضمون والصفة من ملابس وأدوات وآلات وسيارات وطائرات وغيرها مما يوجد له نظير في السوق.

القسم الثاني: المثليات التي تختلف بإحداث الصنعة؛ كالمصنوعات اليدوية التي تتفاوت في أوصافها ومقوماتها، ويتميز كل فرد منها بمزايا لا توجد في غيره، كأباريق النحاس والقدور والأسورة المصنوعة يدويًّا.

وهذا التفريق بين ما يمكن المماثلة بين أفراده من المصنوعات، وبين ما لا يمكن هو ما اعتبره جمع من الفقهاء، ومنهم العلامة ابن عابدين حيث قال عند ذكره للخلاف في الصابون هل هو مثلي أو قيمي: «المشاهد الآن تفاوته في الصنعة والرطوبة والجفاف، وجودة الزيت المطبوخ منه، وغير ذلك - أي فيكون قيميًّا- ولذا قال في «الفصولين»: حتى لو كانا سواء- لانعدام التفاوت بينهما- بأن اتُّخذا: أعني الصابونين من دهن واحد يضمن مثله. اهـ فعلى هذا ينبغي أن يقال: إن أمكنت المماثلة كأن أتلف مقدارا معلوما، وعنده من طبخته

---

(١) كشاف القناع ١٠٨/٤ وانظر: المهذب للشيرازي١ /٣٦٨، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٤٧/٢.

(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٠٦/٣، المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقا ص ١٤٣، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لنزيه حماد ص ٤٢.

المسماة في عرفنا (فسخة) يضمن مثله منها، وإلا فقيمته»[١].

وهذه القاعدة محل اعتبار عند المالكية على المشهور والحنفية والحنابلة من حيث الجملة[٢]، وخاصة في باب الضمان، وخالف في ذلك بعض المالكية فقال: «الصنعة لا تنقل المثلي»[٣]، ولذلك ورد الخلاف عندهم في «الموزون إذا دخلته صنعة هل يقضى فيه بالمثل أو بالقيمة؟»[٤]، ومأخذ الخلاف عندهم هو أنه «إذا تعارضت الصورة والمادة فهل تقدم الصورة أو المادة؟»[٥]، فمن نظر إلى الصورة، وهي الحال التي آل إليها الموزون جعله كالعرض، وأوجب فيها القيمة إذا فات، ومن نظر إلى الأصل أعطاه حكم المادة، وهو الذهب قبل الصنعة، ولم ينظر إلى الصورة الطارئة، فأوجب فيه المثل، واعتبر الصنعة لغواً.

والشافعية لهم قولان في ذلك؛ كما يظهر من اختلافهم في الحلي المغصوب؛ قال شيخ الإسلام زكريا الأنصاري: «لو غصب حليا من ذهب وزنه عشرة دنانير، وقيمته عشرون دينارا، وتلف ضمن التبر بمثله؛ لأنه مثلي، والصنعة بقيمتها؛ لأنها متقومة من نقد البلد، وهذا ما نقله الأصل - أي النووي في روضة الطالبين- عن البغوي، ونقل عن الجمهور أنه يضمن الجميع بنقد البلد - أي بالقيمة- وصححه، لكنه قال: إن قول البغوي أحسن منه ترتيبًا»[٦]،

---

(١) رد المحتار لابن عابدين ٦/١٨٤.

(٢) انظر: المصادر الواردة في نص القاعدة وصيغها المتنوعة وتطبيقاتها، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٤٥٧، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/١٠٦.

(٣) منح الجليل لعليش ٧/٩٩.

(٤) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٣٥، قاعدة: ٨٩، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٢/٦٢٧، الإسعاف بالطلب للتواتي ص١٤١.

(٥) إعداد المهج للشنقيطي ص ١٣٠ ووردت في القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة لأحسن زقور ٢/٧٥١ بلفظ: "إذا تعارض حكم المادة وحكم الصورة المباحة، هل يقضي فيه بالمثل أو بالقيمة؟".

(٦) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٤٧.

«والمعتمد أن الصنعة متقوّمة، وذات الإناء مثلية، فيضمن الوزن بمثله، والصنعة بنقد البلد»[١].

ومجال هذه القاعدة يشمل كل ما دخلته الصنعة من الأشياء المثلية في الأصل، إلا أنه نتيجةً للتطور العلمي والتقني في العصر الحاضر الذي أصبحت فيه الصناعات تعتمد على الآلة يضيق مجال القاعدة، ويصبح مقصورا على المصنوعات اليدوية التي تتفاوت في أوصافها ومقوماتها؛ لصعوبة التحكم في المثلية بين أفرادها، أما المصنوعات الآلية التي لا تكاد تجد فرقا بين مصنوعاتها فإنها أصبحت من المثليات؛ وذلك لأن الصناعة الآلية الحديثة تميزت بقدرتها على الضبط الدقيق، ومراعاة التماثل بدقة متناهية، فأمسى تدخل الصناعة اليوم سببا من أسباب توفر المثليات، بعد أن كانت من أسباب التحول إلى القيمة، بل أصبحت مماثلة الآنية بالآنية، والسيارة بالسيارة أشد من مماثلة صاع البر لصاع البر، وبذلك انتفت العلة التي بني الحكم عليها، وهي أن «كل ما كان من صنع العباد لا يمكن فيه عادة المماثلة؛ لتفاوتهم في الصناعة»[٢].

أدلة القاعدة:

١- لأن الصورة لما تعذر اعتبارها لتفاوتها اعتبر المعنى، وهو القيمة؛ دفعا للضرر بقدر الإمكان[٣].

٢- لأن الناس يتفاوتون في الحذق، فلا يمكن مراعاة المماثلة في مصنوعاتهم[٤].

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/١٧١.

(٢) مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص ١١٨.

(٣) مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٤٥٧.

(٤) انظر: مجمع الضمانات ص ١١٨، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية ٣/١٠٦.

٣- لأن الصناعة تؤثر في القيمة، وهي مختلفة غير متماثلة، فاعتبار القيمة في المصنوع أحصر وأضبط[١].

تطبيقات القاعدة:

١- لو صنع من الدقيق خبزًا فإنه ينتقل من كونه مثليًّا إلى كونه قيميًّا، فلو أكل أحد خبز شخص دون إذنه فإنه يضمنه بالقيمة لا بالمثل؛ لأن المثلي إذا دخلته الصنعة أصبح قيميًّا[٢].

٢- البر إذا طُبِخ وكان طعامًا خرج عن كونه مثليًّا، مع أن أصله مكيل؛ وذلك لأن ما فيه صناعة مباحة فإنه يخرج عن كونه مثليًّا[٣].

٣- من أتلف آلة مصنوعة من الحديد، فإنه يضمنها بقيمتها، وإن كان أصلها مثليًّا؛ وذلك لأن المثلي إذا دخلته الصنعة فإنه يصير من المقومات[٤].

٤- إذا أتلف حليا مصوغا من الذهب أو الفضة فإنه يضمنه بالقيمة؛ لأن المثلي إذا دخلته صنعة صار من المقومات[٥].

٥- الغاصب إذا غصب غزلا من حرير أو كتان أو صوف ثم ضاع ذلك الغزل عنده فإنه يلزمه غرم قيمته، وإن كان أصله مثليًّا؛ وذلك لأن المثلي إذا دخلته الصنعة فإنه يصير من المقومات[٦].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/١٤٠، كشاف القناع ٤/١٠٧.
(٢) انظر: الشرح الممتع لابن عثيمين ١٠/١٧٨، العقد الثمين للمشيقح ص ٢٤٦.
(٣) الشرح الممتع ١٠/١٢١.
(٤) انظر: المغني ٥/١٤٠، الإنصاف للماوردي ٦/١٩١، شرح منتهى الإرادات ٢/٣١٨.
(٥) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٤/٣١٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٤٤٧، كشاف القناع ٤/١٠٧.
(٦) انظر: مواهب الجليل ٥/٢٨١، شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/١٣٥، منح الجليل لعليش ٧/٩٨، المغني ٥/١٤٠، شرح منتهى الإرادات ٢/٣١٨.

٦- من اغتصب آنية من النحاس ثم أتلفها فإنه يضمنها بقيمتها؛ لأن المثلي إذا دخلته الصنعة فإنه يصير من المقومات[١].

٧- يجوز بيع اللحم الطري بالمطبوخ متفاضلا ومتماثلا؛ لأن الصنعة أخرجته من الجنس، فلم يبق مثليًّا[٢].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٣/٥٩٢-٥٩٣، المغني ٥/١٤٠، الإنصاف ٦/١٩١، شرح منتهى الإرادات ٢/٣١٨.

(٢) انظر: المدونة ٣/١٥٦، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ٢/٦٥١.



رقم القاعدة: ٨٩٩

نص القاعدة: ذَهَابُ الـمَنْفَعَةِ المَقْصُودَةِ مِنَ الْعَيْنِ كَذَهَابِ الْعَيْنِ جُمْلَةً[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

من أتلف المنفعة المقصودة من العين ضمن قدر جميع قيمتها[٢].

قواعد ذات علاقة:

الضمان بقدر التالف[٣]. (أعم).

شرح القاعدة:

المنفعة المقصودة من العين: هي ما يراد منها على وجه خاص كلبن الشاة المقتناة لحلابها، والرؤية بالنسبة للعينين.

---

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٧٥٦.

(٢) انظر: التجريد للقدوري ٧/٣٣٠٦، وانظر: البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢/٥٨٤، ولفظ تحفة الحكام لابن عاصم:

ومتلف منفعة مقصوده ... مما له كيفية معهوده
صاحبه خير في الأخذ له ... مع أخذه لأرش عيب حله
أو أخذه لقيمة المعيب ... يوم حدوث حالة التعييب

(٣) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

والمراد بذهاب العين جملة ذهابها كلها.

ومعنى هذه القاعدة أن ما كان مرادا للانتفاع به على وجه خاص إذا ذهبت المنفعة المرادة منه بسبب التعدي عليه يكون كما لو هلك كله، ويقتضي ذلك تضمين المعتدي قيمته كاملة استيفاء لحقه كما تصرح به الصيغة الأخرى للقاعدة: «من أتلف المنفعة المقصودة من العين ضمن قدر جميع قيمتها».

ولهذه القاعدة وجهان:

وجه متعلق بأعيان الأشياء المقتناة للاستفادة منها لغرض مقصود إذا وقع عليها تعدٍّ فترتب عليه تعطل ذلك الغرض وهذا الوجه كثير الفروع ولعل أشهر صوره مسألة «قطع ذنب بغلة القاضي»، فالذنب وإن كان في الصورة المشاهدة يسيرا فإن الغرض المقصود من بغلة القاضي يبطل بقطعه، لأن ذا الهيئة إذا قطع ذنب بغلته لا يركبها بعد والركوب هو المقصود[1].

وقد اختلفت مذاهب الفقهاء في هذا الوجه، ولخصها الإمام القرافي[2] في طرفين متعارضين وما يمكن اعتباره رأيًا وسطًا:

أما الطرف الأول: فهو مذهب المالكية القائلين بضمان الجميع في جميع صور هذا الوجه عملاً بقاعدتنا وقد انتصر له القرافي ورد على حجج المخالفين له.

وبيان وجه مذهب المالكية على ما بينه ابن رشد الحفيد هو كون الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب تنقسم عند مالك إلى قسمين:

جناية تبطل يسيرا من المنفعة، والمقصود من الشيء باق، فهذه يجب فيها

---

(١) انظر: الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٧٥٦.

(٢) انظر: الفروق للقرافي ٤/٧٢، انظر: كذلك لتفصيل هذه المذاهب والاستدلال لها: المغني لابن قدامة ٥/٣٨٥.

ما نقص يوم الجناية وذلك بأن يقوم صحيحا ويقوم بالجناية فيعطى ما بين القيمتين.

جناية تبطل الغرض المقصود وصاحبها يكون مخيراً إن شاء أسلمه للجاني وأخذ قيمته وإن شاء أخذ قيمة الجناية[١]. وهذا القسم هو موضوع قاعدتنا.

أما الطرف الثاني: فهو مذهب الإمامين الشافعي وابن حنبل رضي الله عنهما القائلين إنه ليس لصاحب العين المعتدى عليها في جميع صور هذا الوجه إلا ما نقص لأن الأصل بقاء ما بقي على ملكه خلافا لقاعدتنا واحتجوا لمذهبهم بقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وقالوا: إن الاعتداء حصل في البعض فتلزمه قيمة البعض لأنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته وأن الاعتبار بالمجني عليه لا بغرض صاحبه لأنه إن لم يصلح لصاحبه صلح لغيره[٢].

أما ما يمكن اعتباره مذهبًا وسطًا بين هذين الطرفين: فهو رأي الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، حيث وافق المالكية في تضمين العين كاملة عند ذهاب أكثر المنفعة في مثل الثوب أما إذا ذهب النصف أو الأقل باعتبار المنفعة عادة فليس له إلا ما نقص[٣] ومذهبه أقرب إلى رأي المخالفين للقاعدة لأن القياس عنده أن لا يُضمن إلا النَّقص[٤].

---

(١) وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس له إلا قيمة الجناية وسبب الاختلاف الالتفات إلى الحمل على الغاصب وتشبيه إتلاف أكثر المنفعة بإتلاف العين، انظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/٢٣٩.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٨٥، الحاوي الكبير للماوردي ٧/١٢٩.

(٣) على أن ابن قدامة حكى للإمام رواية في مسألة شق الثوب شبيهة بقول الإمام الشافعي، انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٨٥.

(٤) ولذا صرح الباجي بمخالفتهم للمالكية في هذه المسألة، انظر: المنتقى للباجي ٥/٢٧٥.

وبالجملة فالنقص عند العلماء ثلاثة أقسام:

الأول: ما تذهب به العين بالكلية فيوجب طلب القيمة اتفاقًا.

الثاني: ما لا يبطل المقصود فلا تلزم به القيمة اتفاقًا.

الثالث: ما يخل بالمقصود فهو محل الخلاف المذكور[(١)].

والوجه الثاني للقاعدة: متعلق بالجناية على الإنسان حيث ترتب عليها ذهاب منفعة مقصودة من الآدمي، فإن الفقهاء يعتبرون مثل هذه الجناية مفوِّتا للمجني عليه جملة فتلزم منها ديته كاملة جريا على قاعدتنا وهذا الوجه محل اتفاق بين الفقهاء والمنافع المقصودة من الآدمي هي كما يعبر عنها الإمام السرخسي بقوله: «المعاني التي هي أفراد في البدن: كالعقل والسمع والبصر والذوق والشم ففي كل واحد منها دية كاملة» ويقول ابن قدامة معللاً للزوم الدية كاملة في صور هذا الوجه من القاعدة: «لأن ذلك يجري مجرى تلف الآدمي فجرى مجراه في ديته»[(٢)] ويقول الإمام الشيرازي مستدلاً للزوم الدية من قطع الأذنين إن فيهما: «منفعة مقصودة وهو أنها تجمع الصوت وتوصله إلى الدماغ فوجب فيها الدية»[(٣)]. أما المالكية فذهبوا أبعد في تعميم إعمال هذه القاعدة في متعلقات هذا الوجه حيث قضوا على فاقئ عين الأعور خطأ بالدية كاملة[(٤)] لتعطيله بصر المجني عليه وألزموا بالمقابل الأعور الجاني على إحدى عيني غيره الدية كاملة إذا أسقط المجني عليه حقه في القصاص ورضي بالعقل؛ لأنه قد عفا له عن جميع بصره[(٥)].

---

(١) تهذيب فروق القرافي للمالكي المطبوع بهامش الفروق ٤/ ٧٥.
(٢) الكافي في فقه ابن حنبل ٤/ ٩٤.
(٣) المهذب للشيرازي ٢/ ٢٠٣.
(٤) انظر: موطأ الإمام مالك ٢/ ٨٥٦.
(٥) انظر: المدونة الكبرى ١٦/ ٤٠٩.

والقاعدة بوجهيها داخلة في عموم القاعدة الفقهية الكبرى: «الأعمال بالنيات»، إذ من المعلوم أن الفقهاء رتبوا على تلك القاعدة أن الأمور بمقاصدها، وقاعدتنا قاضية بإعطاء ما هو مقصود من العين قيمة العين كلها فالنظر فيها إلى ما تراد له العين لا إلى العين نفسها.

والقاعدة جارية في الجنايات وأبواب المعاملات ذات الصلة بها كالإجارة والعارية وغيرهما.

أدلة القاعدة:

تخريجًا لإتلاف المنفعة على قتل ما لا يقتنى من الدواب إلا للركوب فإن الفقهاء يضمنون قاتلها اتفاقا مع بقاء انتفاعه بإطعامها لكلابه وبزاته ويدبغ جلدها فينتفع به أو بغير دباغ إلى غير ذلك من المنافع غير المقصودة عادة فلما لم يمنع ذلك من الضمان علمنا أن الضمان مضاف لذهاب المقصود فيستويان في الحكم عملا باشتراكهما في الموجب[١].

قاعدة: الأعمال بالنيات، وأدلتها.

تطبيقات القاعدة:

١- من خرق ثوبًا لغيره خرقًا كبيرًا، فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة الثوب ويسلم الثوب إليه، وإن شاء أمسكه وضمنه النقصان[٢] لأن من أتلف المنفعة المقصودة من العين يكون له أن يضمنه قدر جميع قيمته.

---

(١) الفروق للقرافي ٤/٧١.

(٢) انظر: التجريد للقدوري ٧/٣٣٠٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٣/٤٤٨.

٢- من كسر صلب رجل فعجز عن المشى وجبت عليه الدية لأنه أبطل عليه منفعة مقصودة[١]، وذهاب المنفعة المقصودة من العين كذهاب العين جملة

٣- في قطع الذكر دية لأن فيه تفويت منفعة مقصودة من الآدمي وهي منفعة النسل ومنفعة استمساك البول والرمي به عند الحاجة[٢]، وذهاب المنفعة المقصودة من العين كذهاب العين جملة.

٤- من دفع ثوبا إلى صباغ ليصبغه لونا معينا فصبغه لونا آخر فصاحب الثوب بالخيار: إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض، وسلم الثوب للأجير، وإن شاء أخذ الثوب، وأعطاه ما زاد الصبغ فيه إن كان الصبغ مما يزيد أما خيار التضمين فلفوات غرضه؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف الألوان فله أن يضمنه قيمة ثوب أبيض لتفويته عليه منفعة مقصودة، فصار متلفا للثوب عليه، فكان له أن يضمنه له[٣]؛ لأن من أتلف المنفعة المقصودة من العين يكون له أن يضمنه قدر جميع قيمته.

٥- من قطع ذنب فرس أو حمار فارِه أو بغل مما يركب مثله ذوو الهيئات فإنه يضمن جميع قيمته؛ لأنه أبطل بهذه الجناية الغرض المقصود من هذه العين فلزمه ضمانها كما لو أتلف جميعها[٤]؛ لأن من أتلف المنفعة المقصودة من العين يكون له أن يضمنه قدر جميع قيمته.

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي ٢/٢٠٧، شرائع الإسلام للحلي ٤/٢٥١.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٦/٦٩، البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٦/٢٨٣.

(٣) وإن شاء أخذ الثوب، لأن الضمان وجب حقا له فله أن يسقط حقه، انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢١٦.

(٤) انظر: المنتقى للباجي ٥/٢٧٥، شرح مختصر خليل للخرشي ٦/١٤٩.

٦- لو أن رجلاً قطع يد دابة شخص أو رجلها، أو فقأ عينها، فإنه إن كان الذي أصابها به عيبا أفسد الدابة حتى لا يكون فيها كبير منفعة، أخذها الجاني عليها وغرم جميع قيمتها لربها[١]؛ لأن من أتلف المنفعة المقصودة من العين يكون له أن يضمنه قدر جميع قيمته.

٧- من استعار من رجل دابة ليركبها إلى موضع من المواضع، فركبها وحمل خلفه رديفا فعطبت الدابة فربها مخير في أن يأخذ منه كراء الرديف ولا شيء له عليه غير ذلك وفي أن يضمنه جميع قيمتها يوم حمل عليها رديفًا[٢]؛ لأن من أتلف المنفعة المقصودة من العين يكون له أن يضمنه قدر جميع قيمته.

٨- من جنى على لسان شخص فذهب ذوقه فلا يحس بشيء من المذاق من الحلاوة والمرارة والحموضة والعذوبة والملوحة وجبت عليه الدية لأنه أتلف حاسة لمنفعة مقصودة فلزمته الدية لأن ذلك يجري مجرى تلف الآدمي فجرى مجراه في ديته[٣]؛ وذهاب المنفعة المقصودة من العين كذهاب العين جملة.

٩- من تعدى على شاة بأمر قل لبنها به، فإن كان عُظْم ما تراد له اللبن ضمن قيمتها إن شاء ربها[٤]؛ لأن من أتلف المنفعة المقصودة من العين يكون له أن يضمنه قدر جميع قيمته.

١٠- يجب فى الأذنين الدية كاملة لأن فيهما جمالاً ظاهرًا ومنفعة مقصودة

---

(١) انظر: المدونة الكبرى ١٤/٣٤٦.
(٢) انظر: المدونة الكبرى ١٥/١٦٣.
(٣) انظر: الكافي في فقه ابن حنبل لابن قدامة ٤/٩٤.
(٤) انظر: المنتقى للباجي ٥/٢٧٥، التاج والإكليل للمواق ٥/٢٩٣.

وهو أنهما تجمعان الصوت وتوصلانه إلى الدماغ فوجب فيهما الدية[1]؛ لأن ذهاب المنفعة المقصودة من العين كذهاب العين جملة.

بدي أحمد سالم

* * *

(١) انظر: المهذب للشيرازي ٢٠٣/٢، الكافي في فقه ابن حنبل ٩٩/٤، خلافًا لابن حزم، انظر: المحلى بالآثار لابن حزم ١١/٥٤.

رقم القاعدة: ٩٠٠

نص القاعدة: الْأَصْلُ فِي الْمُتَقَوِّمَاتِ الْقِيمَةُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- من أتلف متقوما فإنه يلزمه ضمانه بقيمته[٢].

٢- الواجب في غير المثلي قيمته[٣].

٣- الأصل أن من أتلف مقوّما فعليه قيمته[٤].

٤- القيمة تتعين في ذوات القيم[٥].

٥- شأن المقوم أن يرجع فيه للقيمة[٦].

٦- ما لا مثل له يضمن بالقيمة[٧].

---

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٥١٨/١، نهاية المحتاج للرملي ٣٥١/٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٠٥/٢.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٤٢/٢.

(٣) كشاف القناع للبهوتي ٣٩٤/٣، ووردت في الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي ١٧٥/٢ بلفظ: "الواجب في المقوم القيمة".

(٤) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٣٦، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٣٦/٢، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٦٣٠/٢، ووردت في شرح مختصر خليل للخرشي ١٣٨/٦ بلفظ: "من أتلف مقوما يلزمه قيمته".

(٥) مواهب الجليل شرح خليل للحطاب ٥٢٠/٣.

(٦) حاشية العدوي على الخرشي ٢٦/٥.

(٧) المغني لابن قدامة ٢٠٩/٤.

٧- القيمي مضمون بقيمته[١].

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل أن من أتلف مثليًّا فعليه مثله[٢]. (قسيمة).

٢- الجابر بقدر الفائت[٣]. (أعم).

٣- ذوات القيم لا يقوم فيها المثل مقام مثله[٤]. (مبينة).

٤- القيمة في ضمان الإتلاف تعتبر وقت الإتلاف[٥]. (مبيّنة).

٥- المبيع بيعا فاسدا يضمن بالقيمة في ذوات القيم، لا بالثمن[٦]. (أخص).

٦- الغاصب إذا أتلف مقوما لزمته قيمته يوم الغصب[٧]. (أخص).

---

(١) البحر الزخار لأحمد المرتضى ١٧٤/٥ ووردت في التاج المذهب للعنسي ١٤٨/٤ بلفظ: "الواجب في المستهلكات القيمية هو القيمة لا العين".

(٢) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٣٦، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٣٦/٢ ووردت في شرح النيل لأطفيش ٤٦٣/٨ بلفظ: "الأصل في المتلف رد المثل ما أمكن" وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الهداية للمرغيناني مع العناية ١٩١/١٠، تبيين الحقائق للزيلعي ٩١/٦ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي ١٠٠/٥، منح الجليل لعليش ٩٢/٥.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٩١/٦.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ٢٧٧/٢ ووردت في تفسير القرطبي ٣٥٨/٣ بلفظ: "كل ما كان من حرام بين ففسخ فعلى المبتاع رد السلعة بعينها، فإن تلفت بيده رد القيمة فيما له القيمة، والمثل فيما له مثل".

(٧) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤٥٠/٣.

شرح القاعدة :

المراد بالمتقوِّم هنا المال القيمي.

والقيمي عند الفقهاء هو: «ما اختلفت آحاده، وتفاوتت أفراده، بحيث لا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق»[١]. وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: «ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة»[٢]. وذلك مثل «الأشياء القائمة على التغاير في النوع أو في القيمة أو فيهما معًا؛ كالحيوانات المتفاوتة الآحاد من الخيل والإبل والبقر والغنم ونحوها، وكذا الدور والمصنوعات اليدوية- من حلي وأدوات وأثاث منـزلي - التي تتفاوت في أوصافها ومقوماتها، ويتميز كل فرد منها بمزايا لا توجد في غيره، حتى أصبح له قيمة خاصة به»[٣].

وقد سمي هذا النوع من الأموال (قيميًّا) نسبة للقيمة التي يتفاوت بها كل فرد عن سواه؛ ومن أجل ذلك فإن القيميات لا يمكن حصرها في أنواع كلية من الكيل أو الوزن أو العددي المتقارب أو نحو ذلك؛ لأن أفرادها لا يجمعها معيار جامع، ولا يربط بينها مقياس منضبط موحد[٤].

ولكن الحكم على الشيء بكونه قيميًّا أو العكس قد يختلف من زمن لآخر، فكثير مما كان يعد قيميًّا في السابق أصبح الآن مثليًّا؛ لانعدام التفاوت بين أفراده، فأصبحت المصانع تنتج في اليوم الواحد آلاف الأشياء التي تتماثل

---

(١) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة للزرقا ص ١٣٩، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لنـزيه حماد ص ٤٢.

(٢) المادة: ١٤٦ من المجلة العدلية والمادة: ١٩٤ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد.

(٣) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لنـزيه حماد ص ٤٣.

(٤) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٥٤-٥٥، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لنـزيه حماد ص ٤٣.

أفرادها بدقة متناهية؛ نتيجةً للتطور العلمي والتقني، ووجود الأجهزة الحديثة التي تقوم بصنع الأشياء بمواصفات موحدة، ومقاييس دقيقة.

ومعنى القاعدة: أن الأصل في الأشياء المتقومة ضمانها بقيمتها عند التلف أو الفوات، فمن أتلف شيئًا منها أو تسبب في إتلافها وجب عليه أن يضمنها بقيمتها، فمن أتلف شجرة مملوكة لغيره وجب عليه ضمانها بالقيمة، لا بالمثل؛ لأنها من القيميات، ومن حفر بئرا في طريق المسلمين فسقطت فيه دابة وجب عليه أن يضمنها بقيمتها، لا بمثلها؛ لأن " ذوات القيم لا يقوم فيها المثل مقام مثله»[١].

وكذلك تجب القيمة في المثليات التي فقدت من الأسواق، أو أصبحت نادرة؛ كبعض المصنوعات القديمة التي انقطعت من الأسواق، وأصبح لها اعتبار خاص في قيمتها ينقلها إلى زمرة القيميات، وكذا كل وحدة لم تعد متساوية مع نظائرها من وحدات المثلي، بأن نقصت قيمتها لعيب أو استعمال أو غير ذلك، فإنها تصبح من القيميات، كالأدوات والآلات والسيارات بعد استعمالها، وذلك لتغير أوصافها وقيمها[٢].

واختلف الفقهاء في الوقت الذي تجب فيه القيمة عند تلف الشيء المضمون أو فواته، هل العبرة في ذلك بيوم تلفه أم بيوم المطالبة بالضمان أم بيوم الأداء أم بغير ذلك؟ ومحل تفصيله قاعدة: «هل المعتبر في الضمان بيوم التلف أم لا»؟[٣].

والقاعدة محل إعمال عند جمهور الفقهاء من الحنفية[٤]

(١) شرح مختصر خليل للخرشي ١٠٠/٥، منح الجليل لعليش ٩٢/٥.
(٢) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد لنزيه حماد ص ٤٣.
(٣) القواعد والفوائد للعاملي ٤٤٣/١ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٥١/١١، بدائع الصنائع ١٥٠/٧-١٥١، فتح القدير لابن الهمام ٧٥/٣، غمز عيون البصائر للحموي ٦/٤.

والمالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] والزيدية[٤] وغيرهم، وذهب الإمام أحمد في رواية اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[٥] وابن القيم[٦]، إلى أن الأصل في المتلفات أن تضمن بالمثل، مقومة كانت أو مثلية[٧]، ولا يصار إلى القيمة إلا عند تعذر المثل، وهو أحد قولي الإمام مالك[٨]، وعليه الظاهرية[٩] والعنبري[١٠].

أدلة القاعدة:

١- ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركا له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قُوِّمَ العبد عليه قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق»[١١]، وفي رواية أبي هريرة: «فإن لم يكن له مال قوم المملوك قيمة عدل، ثم استسعي غير مشقوق عليه»[١٢]. فهذا الحديث

---

(١) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٣٦، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٣٦/٢، شرح مختصر خليل للخرشي ١٣٨/٦.

(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٤٢/٢، فتاوى الرملي ٢٥٢/٢، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٠٥/٢.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٢١٠/٤، كشاف القناع للبهوتي ٣٩٤/٣.

(٤) انظر: البحر الزخار لأحمد المرتضى ١٧٤/٥، التاج المذهب للعنسي ١٤٨/٤.

(٥) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٥٦٤/٢٠، ٣٥٢/٢٠.

(٦) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٢٠/٢.

(٧) المراد بالمثل هنا: المثل المشابه في الصورة، وإن وجد بينهما بعض التفاوت في الصفات، وليس المثل الاصطلاحي.

(٨) انظر: شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٦٣٢/٢، الدليل الماهر الناصح للولاتي ص ١٦٣.

(٩) انظر: المحلى لابن حزم ٤٣٠/٦، ٤٣٧.

(١٠) انظر: المغني لابن قدامة ١٣٩/٥.

(١١) رواه البخاري ١٤٤/٣ (٢٥٢١)، ومسلم ١١٣٩/٢ (١٥٠١)/(١).

(١٢) رواه البخاري ١٣٩/٣ (٢٤٩٢) وفي مواضع أخر، ومسلم ١١٤٠/٢ (١٥٠٣)/(٣).

«نص صريح على اعتبار القيمة فيما لا مثل له، حيث أوجبها النبي ﷺ على المعتِق إن كان موسرًا، وعلى العبد إن كان (المعتق) معسرًا»[١]، ويقاس على العبد كل ما كان في معناه مما لا مثل له[٢].

٢- لأنه يتعذر اعتبار المثل الكامل- وهو المماثل صورة ومعنى- في غير المثليات، فيجب اعتبار المثل معنى، وهو القيمة؛ لأنها المثل الممكن، فتقوم مقامه وتسد مسده[٣].

٣- لأن غير المثلي لا تتساوى أجزاؤه، وتتباين صفاته؛ فالقيمة فيه أعدل وأقرب إليه[٤].

تطبيقات القاعدة:

١- إن تلف عوض الخلع المعين قبل قبضه لم ينفسخ الخلع بتلفه، ويرجع الزوج بقيمته إن كان متقوما[٥]؛ لأن كل من أتلف مقوما وجبت عليه قيمته.

٢- إذا هلك أحد البدلين في المقايضة[٦]. صحت الإقالة في الباقي منهما، وعلى المشتري قيمة الهالك إن كان قيميًا[٧]؛ لأن الأصل في المقومات القيمة.

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٢٢٤ وانظر: مشكل الآثار للطحاوي ٤/٤٢٦، المبسوط ١١/٥١، المغني لابن قدامة ٥/١٣٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٥١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٥٠، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٢٢٤.

(٤) انظر: المغني ٥/١٣٩-١٤٠، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٣١٨.

(٥) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٤٥، البحر الزخار للمرتضى ٤/١٨٧.

(٦) المقايضة: بيع عين بعين أو بيع السلعة بالسلعة، من القيض وهو المثل والعوض، وهما قيضان: أي كل واحد منهما عوض الآخر انظر: طلبة الطلبة ص١٤٥، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٢، رد المحتار لابن عابدين ٥/١٢٩.

(٧) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٧٤، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٥/١٢٩، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١٧١.

٣- إن تزوج امرأة بشيء بعينه، ثم استحق الصداق؛ فإنها ترجع بقيمة الشيء المستحق إن كان مقوما[١].

٤- من اشترى دارا على أن ينفق على البائع مدة حياته كان البيع فاسدا؛ لأنه غرر؛ لجهل مدة حياته، وما ينفق عليه فيها، فإن وقع ذلك، وحصل القبض، وأنفق المشتري على البائع مدة، وجب عليه أن يرد الدار إلى البائع، ويرجع عليه بقيمة ما أنفق عليه إن كان مقومًا[٢].

٥- إذا باع القاضي تركة ليتيم قبل ثبوت موجبات البيع، وتوفر شروطه - ككونه أيسر ما يباع عليه، وثبوت الحاجة إلى صرف ثمنه في نفقة اليتيم ومصالحه ونحو ذلك - كان بيعه باطلا، ويجب نقضه، فإن فات وكان المبيع مقوما لزمه رد قيمته[٣]؛ لأن الأصل في المقومات القيمة.

٦- لو خاف المضطر الموت جوعا فله أن يأخذ من طعام الغير ما يدفع به جوعه ولو لم يأذن له صاحبه، إلا أنه يجب عليه أن يضمن بدله، فيؤدي قيمة المال المتلف، إذا كان من القيميات[٤].

٧- من ادعى على شخص بشيء فأقر له به، ثم صالحه عنه بشيء معلوم مقوّم، ثم استحق ذلك الشيء المصالح به وفات، فإن المدعي يرجع بقيمته[٥]؛ لأن شأن المقوم أن يرجع فيه للقيمة.

---

(١) انظر: مواهب الجليل ٣/٥٠١، شرح الخرشي على مختصر خليل ٣/٢٥٤، منح الجليل ٣/٤١٦.
(٢) انظر: التاج والإكليل للمواق ٦/٢٢٦، مواهب الجليل ٤/٣٦٣، منح الجليل ٥/٣٤.
(٣) انظر: مواهب الجليل ٥/٧٣، منح الجليل ٦/١١٠.
(٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٤٣، تحفة المحتاج للهيتمي ٩/٣٩٣، مغني المحتاج للشربيني ٦/١٦١.
(٥) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/١٥٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٤٧٠.

٨- إذا أخذ المشتري من البائع مالا متقوما على سوم الشراء، وقد بين له الثمن فهلك في يده لزمته قيمته[١]، فلو قال البائع للمشتري: ثمن هذه الدابة ألف درهم فاذهب بها؛ فإن أعجبتك اشترها، فأخذها المشتري ليشتريها، فهلكت الدابة في يده لزم عليه أداء قيمتها للبائع[٢].

٩- إذا استأجر سيارة للركوب فاستخدمها في حمل البضائع فتلفت فإنه يضمنها بقيمتها إذا لم يكن لها مثل[٣].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣٠٦/٦، مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص ٢١٣، ٢١٤.
(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢٨٣/١.
(٣) انظر: نظيره في درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٨٩/١.

رقم القاعدة: ٩٠١

نص القاعدة: الجابِرُ بِقَدْرِ الْفَائِتِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

يتقدر الجابر بقدر الفائت[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- التابع تابع[٣]. (أعم).

٢- البدل يكون على صفة الأصل ونهجه[٤]. (أعم).

٣- أعواض المتلفات مبناها على جبران الفائتات[٥]. (أعم).

٤- الضمان بقدر التالف[٦]. (أخص).

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٩١/٦، العناية شرح الهداية للبابرتي ٨١/١٥، فتح القدير لابن همام ١٩١/١٠، البناية للعيني ٧٨٣/٩/١٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٧٣/٦، وبلفظ: "الجبر إنما هو لما نقص مما حتم"، البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٣٣٣/٢.

(٣) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) قواطع الأدلة في الأصول لأبي المظفر السمعاني ١٨٠/٢.

(٦) نيل الأوطار للشوكاني ٣٣٢/٥، وبلفظ: المضمون مقدر الضمان بقدر التالف، إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١٢٠/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٥- إذا فات الأصل لم يتصور الجبران[١]. (مبيِّنة).

٦- إن فات الشيء المبيع رجع المغبون منهما بقدر الغبن[٢]. (أخص).

شرح القاعدة:

(الجابر) اسم فاعل من الجبر وهو موضوع في اللغة لإصلاح الشيء بضرب من القهر[٣]، ويجمع على جوابر ويطلقه الفقهاء على ما كان مشروعا لاستدراك ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده[٤].

والجبر بهذا المعنى جار في العبادات والأموال والنفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء والجراح، فهو أعم من الضمان.

و(الفائت) اسم فاعل من فات يفوت فوتا الأمر: ذهب ومضى[٥].

وقاعدتنا تقرر أن الجبر يكون بقدر الفائت توخيا للعدالة حتى لا يتعدى الجابر حد الفائت فيكون فيه ظلم لمن لزمه الجبر أو يقصر عنه فلا يستَوفي صاحبُ الحق الضائع حقَّه كاملا وبعبارة أخرى فإن تقدير ما يقع به استدراك الفائت، إذا تعين ولم يكن مما وضع له الشارع جابرا محددا، يكون بناء على قياس القدر الناقص بالرجوع إلى أصله الكامل أو مشابهه وهذا ما عبر عنه الشيخ عز الدين بن عبد السلام في معرض بيانه لجبر الفائت من صفات الأموال بقوله:

---

(١) الفروق للكرابسي، الفرق ٤٢٥، ٢/١١، وصيغتها الأخرى: "الجبران إنما يتصور بعد بقاء الأصل"، الفروق للكرابسي، الفرق ٤٢٥، ٢/١١.

(٢) المحلى لابن حزم ٨/٤٣٩.

(٣) تاج العروس للزبيدي ١٠/٣٧٢.

(٤) انظر فروق القرافي: الفرق التاسع والثلاثون بين قاعدة الزواجر وبين قاعدة الجوابر ١/٣٦٧ وما بعدها، و(قاعدة) في الجوابر والزواجر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام ص١٧٨-١٨٧.

(٥) معجم لغة الفقهاء ص٣٣٧.

«الطريق إلى جبرها إذا فاتت بسبب مضمِّن أو فاتت تحت الأيدي الضامنة أن تقوَّم العين على أوصاف كمالها، ثم تقوَّم على أوصاف نقصانها فيجبر التفاوت بين الصفتين بما بين القيمتين» ومثاله أنه لو عيب شيء من الأموال فإنه يجبره بما بين قيمته سليمًا ومعيبًا[١]، ولعل أوضح وأقدم مثال تجريبي تطبيقي لتقدير الفائت من وظائف الحواس ما روي عن سعيد بن المسيب أن رجلاً أصاب عين رجل فذهب بعض بصره وبقي بعضه، فرفع ذلك إلى عليّ رضي الله عنه، فأمر بعينه الصحيحة فعصبت وأعطى رجلاً بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره، فأمر عليٌّ الرجلَ فخط عند ذلك خطا علما[٢]، ثم أمر بعينه الأخرى فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطى رجلاً بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره، ثم خط عند ذلك علما وعرف ما بين الموضعين من المسافة ثم أمر به فحول إلى مكان وفعل به مثل ذلك ثم قاس فوجد مثل ذلك سواء فأعطاه بقدر ما نقص من بصره من مال الجاني عليه[٣].

وتدخل هذه القاعدة في عموم قاعدة «التابع تابع» لأن الجابر في معنى البدل الجزئي السادِّ مسدَّ الفائت وهي متفرعة عن قاعدة: «البدل يكون على صفة الأصل ونهجه» وبيان ذلك أن تلك القاعدة تقرر إلحاق البدل بأصله من حيث حكمه وشروطه وسائر صفاته أما قاعدتنا فهي خاصة بتقدير البدل اللازم شرعا لجبر الفائت من الأصل الناقص كما سبق توضيحه فالجبر فيها ملازم للنقص ولا يتصور دونه إذ «لا يعقل وجود الجابر من غير نقص»، كما أنه لا يعقل إلا مع بقاء الأصل وهو المعبر عنه بقاعدة: «الجبران إنما يتصور بعد بقاء الأصل» ثم إنه قد يتعين في بعض الصور البدل ولا يقبل الجبر، كما قد يخير

---

(١) انظر: قاعدة في الجوابر والزواجر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام ص١٧٨-١٨٧، الفرق التاسع والثلاثون بين قاعدة الزواجر وبين قاعدة الجوابر ١/٣٦٧ وما بعدها.

(٢) أي علامة لمنتهى رؤية العين المصابة.

(٣) رواه ابن أبي شيبة ٥/٣٦١ (٢٦٩٠٩)، والبيهقي في الكبرى ٨/١٥٢ (١٦٢٣٥).

صاحب الحق بين أخذ شيئه ناقصًا مع الجابر[١] وبين المطالبة بالبدل، وقد أحصى الإمام السبكي جملة من هذه الحالات عند استقصائه مستثنيات قاعدة «كل ما ضمن كله بالقيمة، ضمن بعضه ببعضها».

والذي يظهر أنه لا خلاف بين الفقهاء في أصل هذه القاعدة؛ لأن الجوابر إنما وضعت مراعاة لمقصد شرعي راسخ هو جلب المصالح الفائتة سواء تعلقت بحقوق الله أو بحقوق الناس، وقاعدتنا في متعلقات المعاملات منها قاضية بضرورة تحري العدالة في الجوابر الاجتهادية والابتعاد عن الحيف فيها، وهو كذلك مقصد شرعي لا خلاف في اعتباره، إذ الغرض من الجابر تعويض الفائت والقاعدة أن: «مبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين» وإنما اختلف الفقهاء في طرق تقدير الفائت في بعض الأمور التي يستعصي فيها تحديد الناقص وتقويمه مثل الجراحات التي تكون فيها حكومة[٢] العدل[٣].

فمذهب جمهور الفقهاء -قديما- أنه لا بد لمعرفة حكومة العدل أن يتم تقويم المجني عليه بتقويم العبيد، فيقوم المجني عليه بصفاته التي هو عليها لو كان عبدًا وينظر كم نقصت الجناية من قيمته؟ فإن قُوِّم بعشرة دون الجناية وبتسعة بعد الجناية فالتفاوت العُشُر فيجب له على الجاني عشر دية النفس ومعلوم أن هذه الطريقة لا يمكن التعويل عليها في الوقت الحاضر إذ لم يعد مبنى التقدير فيها قائمًا.

وذهب الشافعية في قول والكرخي من الحنفية إلى تقريب هذه الجناية إلى

---

(١) وقال ابن تيمية: وهذا أعدل الأقوال وأقواها إذا تصرف الغاصب في المغصوب - مثلاً - بما أزال اسمه انظر: مجموع افتاوى ابن تيمية ٢٠/٢٠.

(٢) الواجب الذي يقدره عدل في جناية ليس فيها مقدار معين من المال.

(٣) والجمهور من فقهاء الأمصار على أن الأصل في الجراح الحكومة إلا ما وَقَّت فيه السُّنة حدا، ومالك يعتبر في إلزام الحكومة فيما دون الموضحة أن تبرأ على شين، والغير من فقهاء الأمصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/٣١٤.

أقرب الجنايات التي لها أرش مقدر، فينظر ذوا عدل من أطباء الجراحات كم مقدار هذه هاهنا في قلة الجراحات وكثرتها بالحزر والظن، فيأخذ القاضي بقولهما ويحكم من الأرش بمقداره من أرش الجراحة المقدرة(١).

وقيل: تقدر الجناية بمقدار ما يحتاج إليه المجني عليه من النفقة وأجرة الطبيب إلى أن يبرأ، وبهذا قال الفقهاء السبعة(٢).

والخلاصة أن هذا الخلاف إنما هو في اعتماد الوسيلة الأقرب لتحقيق العدالة في جبر هذا الجنس من الجنايات فلا يقدح في اطراد قاعدتنا وجريانها في كثير من أبواب الفقه كالعبادات والمعاملات كما هو واضح من تنوع تطبيقاتها.

أدلة القاعدة:

الأثران المنقولان عن علي رضي الله عنه: ما روي عنه في جبر الناقص من بصر العين إثر الجناية عليها وسبق ذكره في شرح القاعدة، وما روي أن رجلاً قطع طرف لسانه في زمنه رضي الله عنه فأمره أن يقرأ (ألف، ب، ت، ث). فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأه أوجب الدية بحساب ذلك(٣).

قاعدة: «البدل يكون على صفة الأصل ونهجه»(٤) وأدلتها.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣٣/٦، وانظر: لتفصيل هذه الآراء: الموسوعة الفقهية الكويتية ٧١/١٨ وما بعدها.

(٢) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٢٥٩/٦.

(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٣٧٦/٨.

(٤) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

ودليلها في المعاملات خاصة : قاعدة: «مبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين»[١]، وأدلتها.

تطبيقات القاعدة :

١- يلزم المفسد في المسجد إصلاحُه - ولو أفسده خطأ - ومثل المسجد المصلى وإنما يصلحه بمثل ما أفسد لا بغيره، إلا إن كان أقوى، فما أفسد من طين أصلحه بطين مثله، ويراعي موضع الإفساد فما أفسده في جدار أصلحه في موضعه بعينه، وإن لم يصل لنفس الموضع أو وجده مصلحا أصلح في مثله، فإن كان في جدار ففي الجدار وهكذا وإن لم يجد مثله أصلح في غير النوع، مثل أن يفسد في سقف ويصلح في جدار والعكس، ويقدم أيضًا التقارب كطين في سقف وطين في أرض، وخشبة في باب وخشبة في باب، وإن فعل غير ما لزمه وقد استطاع الوصول لما لزمه أعاد وإذا كان إصلاحه ناقصًا من حيث الجودة زاد ما نقص، ولو ساوى ما كان قبل أن يفسد، مثل ما إذا كان الرقع أسرع للنقض من أصله المعوض عنه، وكذلك إذا أصلح في مسجد غير المسجد الذي أفسد فيه فإنما يصلح في مثل موضع الإفساد وبنوع ما أفسد على حد ما مر كله؛ لأن الجابر بقدر الفائت[٢].

٢- تجب فدية الصوم على الشيخ الهرِم لأن الصوم لما فاته مست الحاجة إلى الجابر وتعذر جبره بالصوم فيجبر بالفدية، وتجعل الفدية مثلاً للصوم شرعًا في هذه الحالة للضرورة كالقيمة في ضمان المتلفات، ومقدار الفدية مقدار صدقة الفطر، وهو أن يطعم عن كل يوم مسكينا

---

(١) البدائع والصنائع للكاساني ٦/١٨٣.

(٢) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٥/٢٥٣.

مقدار ما يطعم في صدقة الفطر[١]؛ لأن الجابر بقدر الفائت.

٣- تجب في جنين البهيمة إذا ألقته بجناية ميتا ما نقصت الأم، أي حكومة عدل، وهو أرش ما نقص من قيمتها وإذا نزل حيا ثم مات من أثر الجناية فقيمته مع الحكومة[٢]؛ لأن الجابر بقدر الفائت.

٤- إذا جنت البهيمة على الزرع فأتلفته وثبت ضمانه على صاحبها يقوم أهل الخبرة والمعرفة الزرع على تقدير تمامه وسلامته، وعلى تقدير تلفه وجائحته، ويضمن صاحب البهيمة مقدار النقص بين الثمنين[٣]؛ لأن الجابر بقدر الفائت.

٥- من غصب شيئين، ينقص قيمة كل واحد منهما إذا انفرد عن صاحبه، كالخفين، فتلف أحدهما، ضمن التالف بقيمته مجتمعا، ورد الباقي وما نقص من قيمته بالانفراد؛ لأن الجابر بقدر الفائت[٤].

٦- إن تلفت ثمرة نخل وغيره كرمان وعنب أو تلف بعضها بجائحة سماوية - ولو كان التلف بعد قبضها وتسليمها بالتخلية لأنها ليست بقبض تام فوجب كونه من ضمان البائع كما لو لم يقبض - رجع المشتري على بائع الثمر التالفة بثمنها إن تلفت كلها، ويوضع من الثمن بتلف البعض من الثمرة المبيعة بقدر التالف منها[٥]؛ لأن الجابر بقدر الفائت.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٩٧.

(٢) انظر: الموسوعة الكويتية ٢/٦٤، وانظر: الدر المختار للحصكفي ٦/٥٩٢.

(٣) انظر: الموسوعة الكويتية ١٣/١٧٩.

(٤) انظر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٣/١٩١.

(٥) ويسامح في تلف يسير لا ينضبط فلا يرجع بقسطه من الثمن، انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٨٥، ٢٨٦.

٧- من جهل الفاتحة كلها بأن عجز عنها في الوقت، لعذر مقبول[١]، لزمه قراءة سبع آيات إن أحسنها؛ وذلك لأن هذا العدد مراعى فيها بنص قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ ءَاتَيْنَٰكَ سَبْعًا مِّنَ ٱلْمَثَانِي وَٱلْقُرْءَانَ ٱلْعَظِيمَ﴾ [الحجر: ٨٧] فروعي في بدلها؛ والجابر بقدر الفائت وتسن ثامنة لتحصل السورة[٢].

٨- إذا قطع الجاني بعض لسان شخص فإن منعه عن الكلام ففيه كمال الدية، وأما إذا منعه عن بعض الكلام دون البعض، فإنه تجب الدية بقدر ما فات إن كان الفائت نصفا يجب نصف الدية، وإن كان ربعا يجب ربع الدية ويعرف مقدار الفائت من الباقي - على الأصح - بالتهجي بحروف المعجم التي عليها مدار كلام العرب وهي ثمانية وعشرون حرفا، فإن أمكنه التكلم بنصف الحروف وهو أربعة عشر وعجز عن النصف علم أن الفائت نصف الكلام فتجب نصف الدية، وإن أمكنه التكلم بثلاثة أرباع منها وذلك أحد وعشرون كان الفائت هو الربع فيجب ربع الدية، وإن أمكنه التكلم بربعها وهو سبعة كان الفائت ثلاثة أرباعه فيلزمه ثلاثة أرباع الدية[٣]؛ لأن الجابر بقدر الفائت.

٩- من أصاب شيئًا من البهائم فنقصتها جنايته نقصًا لم يمنع منفعتها المقصودة منها كان عليه قيمة ما نقص من قيمتها، وذلك كأن تساوي سالمة عشرة دنانير وتساوي بالجناية ثمانية فإن عليه ما نقص منها وذلك خمس قيمتها[٤]؛ لأن الجابر بقدر الفائت.

---

(١) نحو ضيقة أو بلادة أو عدم معلم أو مصحف، ولو عارية أو بأجرة.

(٢) انظر: إعانة الطالبين لأبي بكر الدمياطي ١/١٤٤.

(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٨/٣٧٦.

(٤) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٦/٦٦.

١٠- إذا اشترى رجل ثوبا فقطعه قميصا ثم رأى به عيبا فإن شاء رد القميص ورجع البائع على المشتري بقدر النقصان من القطع وإن شاء حبسه المشتري ورجع على البائع بقدر الذي نقص من القيمة[١]؛ لأن الجابر بقدر الفائت.

بدي أحمد سالم

* * *

(١) انظر: مسائل أحمد لابن راهويه ٢/٤٢-٤٣.

المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الرابعة: قواعد في العقد وتوابعه.

أولاً: قواعد في تكوين العقد وآثاره.

ثانيًا: قواعد في الشروط المقترنة بالعقد.

ثالثًا: قواعد في مبطلات العقد.

رابعًا: قواعد في أحكام العقد.



المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الرابعة: قواعد في العقد وتوابعه.

أولاً: قواعد في تكوين العقد وآثاره.



رقم القاعدة: ٩٠٢

نص القاعدة: المُلْحَقُ بِالْعَقْدِ يُعَدُّ وَاقِعًا فِيه[(١)].

ومعها :

١- الحط يلتحق بأصل العقد.

٢- الواقع في زمن الخيار كالواقع في العقد.

٣- المفسد لا يلحق بالعقد.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- ما بعد العقد يلحق بالعقد[(٢)].

٢- الملحق بالعقد كالواقع معه[(٣)].

٣- ما وقع عليه الاتفاق بعد العقد، يجعل كالمذكور في أصل العقد[(٤)].

---

(١) شرح ميارة على تحفة الحكام لابن عاصم ١/٣٠٠. ووردت في المعيار المعرب للونشريسي ٤٧١/٦ بلفظ: "الملحق بالعقد يقدر واقعا فيه".

(٢) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢١٦/٤.

(٣) القواعد للمقري، القاعدة رقم: ٥٢٩ نقلاً عن أبي عبد الله المقري وقواعده لأكناو ص ٢٥٧ نسخة مرقونة. ووردت في شرح المنهج المنتخب للمنجور ٤٤١/١ بلفظ: "الملحق بالعقد هل هو كالواقع معه؟"، ووردت في الروض المبهج المعروف بشرح ميارة على التكميل ص ٣٥٩ بلفظ: "اللاحق في العقد واقع فيه أم لا؟".

(٤) المبسوط للسرخسي ٨٣/١٤.

٤- الملحق بالعقد بعد تمامه هل يعد كجزء منه؟ أو يعد كأنه عقد آخر مستقل؟[١].

٥- اللاحقات للعقود هل تقدر واقعة فيها أم لا؟[٢].

٦- هل ملحق العقد كهو أو حادث ؟[٣].

٧- الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو إنشاء ثان؟[٤].

قواعد ذات علاقة :

١- التابع تابع[٥]. (أعم).

٢- الزيادة المتصلة تتبع الأصل[٦]. (مكملة).

٣- الواقع في زمن الخيار كالواقع في العقد[٧]. (أخص).

٤- الزيادة بعد العقد مثل المسمى في العقد[٨]. (أخص).

٥- اللاحق في المجلس كالواقع في صلب العقد[٩]. (أخص).

---

(١) الدليل الماهر للولاتي ص ١٢٨.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٤/٤١٢، منح الجليل لعليش ٥/١١٨.

(٣) إعداد المهج لأحمد بن المختار الشنقيطي ص ١٦.

(٤) إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٠٥، قاعدة: ٥٨، شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٤٣٨، شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٢/٥٧٠.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٥٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) الأشباه والنظائر للسبكي ١/٣٧٥، المنثور للزركشي ٢/١٨٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/١٦.

(٨) المبسوط للسرخسي ٥/٦٥.

(٩) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٣/٧٦.

٦- الحط يلتحق بأصل العقد[١]. (أخص).

٧- الشرط في زمن الخيار ملحق بالعقد[٢]. (أخص).

٨- الشيء إذا ألحق بالعقد اقتضى أن يملك على الوجه الذي يملك الأصل[٣]. (شارحة).

٩- المفسد لا يلحق بالعقد[٤]. (استثناء).

شرح القاعدة:

المقصود بالملحق بالعقد: ما يطرأ على العقد من تغيير بزيادة أو نقصان أو إلحاق شرط ونحو ذلك، وليس المقصود به ما يلحق بالعقد من نماء وزيادة متولدة من الأصل؛ كالثمرة والولد.

والأصل المقرر في الشريعة هو حرية التعاقد والاشتراط ما لم يخالف الشرع، فللعاقدين أن يتفقا على ما يشاءان وأن يشترطا ما يشاءان بما يحقق مصالحهما ويحصل أغراضهما، لكن قد يظهر لأحدهما شيء بعد انعقاد العقد من فوات بعض المصالح؛ لعدم التمكن من التفكر والتروي، أو وقوع غبن في الصفقة أو غير ذلك فيرغب في تعديل العقد لاستدراك ما فاته فهل يلحق هذا التغيير والتعديل بالعقد ويصير كالواقع في صلبه أم لا؟

ومعنى القاعدة: أن ما يقع بعد تمام العقد بالإيجاب والقبول من تغيير وتعديل في العقد؛ كزيادة أو حط في العوض أو المعوض أو اشتراط شيء لم

---

(١) المبسوط للسرخسي ٦/٦٥.

(٢) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١/٣٧٢.

(٣) الفروق للكرابيسي ٢/٣٠٩.

(٤) حاشية شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/٧٧.

يكن مشروطا في صلب العقد وما يقع بعده من تصرف تابع له؛ كإعطاء هدية ترويجية ونحو ذلك فإن هذا التصرف والتغيير يلحق بالعقد ويعد جزءاً منه، وكأنه وقع مصاحبًا له، فتسري عليه أحكامه، ويلزم كلزومه، ولا يشترط في الملحق ما يشترط في العقد عند استقلاله؛ فلا يتوقف اللزوم في الزيادة والحط على التسليم المشروط لتمام التبرع، حتى لو كان المبيع مقبوضا فزاد البائع فيه فإن الزيادة تلحق بالمزيد عليه، وتصير معه عوضًا لما يقابلها من المعقود عليه، فيجعل كأن العقد من الابتداء ورد عليهما، ويستحق المشتري استلام الزيادة، وكذا لو حط البائع من الثمن بعد قبضه استحق المشتري استرداد المحطوط.

والتحاق التغيير بأصل العقد مقيد بحصول التراضي من الطرفين، حتى لو زاد أحدهما، ولم يقبل الآخر لم تصح الزيادة، ولا تلحق بأصل العقد[1]؛ جاء في الفتاوى الفقهية الكبرى: «ولو انفرد أحدهما بذكر زيادة صحيحة وامتنع من قبولها الثاني لم يلحق، ولكن لو تمادى الشارط، ولم يفسخ استمر العقد صحيحا، ولغت الزيادة»[2]. إلا أن من قال بخيار المجلس أجاز الفسخ في زمن الخيار عند عدم رضا الطرف الآخر بالتغيير؛ لأن العقد لم يستقر ولم يلزم بعد، ومن قال بلزوم العقد بمجرد العقد والتفرق بالأقوال أبقى العقد على حاله لازما. ويلحق بخيار المجلس في ذلك خيار الشرط.

وذكر فقهاء الحنفية لجواز الزيادة في العقد إضافة إلى ما سبق ما يأتي:

١- اتحاد المجلس الذي توجب الزيادة والحط فيه، حتى لو قبل الآخر بعد الافتراق من المجلس بطلت الزيادة، ولا يعتد بقبوله؛ لأن الزيادة في أحد

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٥٩، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢٧٦، البحر الزخار للمرتضى ٥/٢٥، عقد البيع للزرقا ص ٩٧.

(٢) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢٧٢.

العوضين إيجاب، فلا بد له من القبول في المجلس[١]، وهو شرط معتبر عند جمهور الفقهاء في أصل العقد؛ إذ لا يصح تراخي القبول عن الإيجاب في سائر العقود[٢].

٢- أن يكون المعقود عليه قائما، قابلا للتصرف ابتداء، فلا تصح الزيادة في الثمن بعد هلاكه؛ لأن الزيادة تثبت بطريق الاستناد، والمستند يثبت للحال ثم يستند، فلا بد أن يجعل شيئًا من المبيع بمقابلة الزيادة للحال، ولا يتصور ذلك بعد هلاك المبيع، فلا يحتمل الاستناد[٣].

وأما الحط فلا يشترط فيه ذلك، فيصح بعد هلاك المبيع؛ لأنه إسقاط محض، فلا يجب أن يكون في مقابلة شيء.

ولا يشترط لصحة الزيادة أو الحط قبض المبيع والثمن، فتصح الزيادة سواء كانت قبل قبض المبيع، والثمن أو بعده، وكذلك الحط[٤].

٣- عدم وجود مانع، فإن وجد مانع لم يلتحق، وذلك في حالين:

أ- إذا كان اعتبار الالتحاق يمس حقوقا ثابتة بالعقد السابق لشخص ثالث، فحينئذ يقتصر حكم الالتحاق على المتعاقدين دون غيرهما، منعا للتواطؤ على إبطال حق الغير؛ كما في الزيادة في الثمن، فلا تلحق العقد بعد لزومه[٥] في حق الشفيع؛ فإذا زاد البائع المشتري في الثمن شيئًا بعد العقد أخذ

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٥٩، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ١/٢٤٠.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٦/٤٣٥.

(٣) انظر: المبسوط ١٣/٨٥، بدائع الصنائع ٥/٢٥٩-٢٦٠، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٢/١٨٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ١/٢٤٠- ٢٤١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٥٩.

(٥) أما قبل لزوم العقد فإن الزيادة تلحق بالعقد وتلزم الشفيع، لأن العقد لم يستقر بعد، ولزوم العقد يكون بالتفرق بالأقوال عند الحنفية والمالكية ومن وافقهم، وبانتهاء الخيار عند الشافعية والحنابلة، فالزيادة تلحق الشفيع في مدة الخيار عندهما، لأن مدة الخيار ملحقة بالعقد، لا بعده. انظر: تحفة المحتاج للهيتمي ٦/٦٨، شرح البهجة الوردية للأنصاري ٣/٢٧٥، المغني لابن قدامة ٥/٢٠١.

الشفيع الدار بالثمن الأول؛ لأنه قد استحق أخذها بالثمن الأول قبل الزيادة، والمتعاقدان لا يملكان إبطال الحق الثابت له بالعقد الأول[١].

ب- إذا كان اعتبار الالتحاق يترتب عليه بطلان العقد، كما لو حط البائع عن المشتري كل الثمن لا يلتحق ذلك بأصل العقد؛ لأن التغيير إنما يلحق إذا كان في الوصف، لا في الأصل، وحط الكل لو التحق لبطل البيع؛ لأنه يكون بيعا بلا ثمن، فيعتبر حط الجميع هبة مستقلة[٢].

والقاعدة محل اتفاق عند جمهور الفقهاء، على خلاف بينهم في الوقت الذي يمكن فيه الإلحاق، فالشافعية يفرقون بين الإلحاق قبل اللزوم بانتهاء مدة الخيار وبعده، بخلاف الحنفية ومن وافقهم من الفقهاء، فهم في ذلك على ثلاثة مذاهب:

الأول: ذهب الحنفية إلى أن «الزيادة في الثمن أو الحط منه يلحقان بأصل العقد، ولو بعد تمام العقد، وكذلك الزيادة في المبيع تصح وتلتحق بأصل العقد، ويتعلق الاستحقاق بكل ما وقع عليه العقد من الثمن والزيادة عليه»[٣]، وكذلك الزيادة في الأجل تلتحق بأصل العقد وتصير كالمذكور فيه[٤]، ووافقهم

---

(١) انظر: المبسوط ١٠٨/١٤، الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٥٢١/٦-٥٢٢، تبيين الحقائق للزيلعي ٢٤٨/٥-٢٤٩، البحر الزخار للمرتضى ٢٥/٥، عقد البيع للزرقا ص ٩. وهذا في الزيادة، أما حط البعض فإنه يلحق عند الحنفية ولو بعد اللزوم، قال الكاساني في بدائع الصنائع ٢٧/٥: "ولو حط البائع عن المشتري، أو أبرأه عن البعض فالشفيع يأخذ بما بقي، لأن حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقد، ويظهر في حق الشفيع، كأن العقد ما ورد إلا على هذا القدر، بخلاف الزيادة فإن التحاقها لا يظهر في حق الشفيع، لأن في تصحيح الزيادة ثمنا في حق الشفيع ضرراً به، ولا ضرر عليه في الحط".

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٧/٥، الهداية مع العناية ٥٢٠/٦، غمز عيون البصائرللحموي ١٩٠/٣، البحر الزخار ٢٤/٥.

(٣) عمدة القاري للعيني ٢١٧/١١. وانظر: المبسوط ٨٤/١٣.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣٤/٣٠، ١٣٥.

الزيدية حيث قالوا: «يلحق بالعقد الزيادة والنقص المعلومان في المبيع والثمن والخيار والأجل مطلقًا»[(١)]، «سواء كانت الزيادة أو النقص قبل قبض المبيع أو بعده في مجلس التعاقد أو بعده فإنه يصح»[(٢)]، وهو قول للمالكية؛ كما يدل على ذلك ورود القاعدة عندهم بالصيغة الاستفهامية، على أن ابن رشد الحفيد ذكر أن الالتحاق بأصل العقد هو مذهب الإمام مالك حيث قال: «الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بما يرضى به المتبايعان، أعني أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع، أو يحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا؟ فذهب أبو حنيفة إلى أنها من الثمن... وبه قال مالك»[(٣)]، إلا أن المتتبع للقاعدة عندهم يجد أن المالكية قالوا بالإلحاق بالأصل في بعض الصور، وأكثر فروع القاعدة تجري على شطري الخلاف.

الثاني: إن التغيير بالزيادة أو الحط في أحد العوضين إن كان في زمن الخيار فإنه يلتحق بالعقد ويأخذ حكم الأصل؛ إذ المتعاقدان على اختيارهما فيه، كما لو كانا في حال العقد، وإن كان بعد لزوم العقد بانتهاء خيار المجلس أو الشرط فإنه لا يلحق بالعقد، وهو مذهب الشافعية والحنابلة[(٤)]، كما سيأتي تفصيله في القاعدة الفرعية: «الواقع في زمن الخيار كالواقع في العقد».

الثالث: إن التغيير اللاحق يعتبر إنشاء ثانيًا، وعقدًا جديدًا مستقلاً بنفسه، فلا يلحق بأصل العقد، ولا يؤثر فيه، بل يأخذ حكم نفسه، وهو مذهب الإمام

---

(١) الأزهار في فقه الأئمة الأطهار مع السيل الجرار للشوكاني ٤٧٩/١. وانظر: التاج المذهب للعنسي ٣١٨/٢ وما بعده.

(٢) التاج المذهب ٣١٨/٢.

(٣) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٤٤/٢. وانظر: تهذيب الفروق للمالكي ٢٩٠/٣.

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٢٨١/٥، المنثور للزركشي ١٤٩/٢، المجموع المذهب للعلائي ٣٦٦/٢، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢٧٩/٢، المغني لابن قدامة ٢٠١/٥، كشاف القناع للبهوتي ٢٣٤/٣.

زفر من الحنفية حيث قال: «لا تجوز الزيادة مبيعًا وثمنًا، ولكن تكون هبة مبتدأة، فإن قبضها صارت ملكا له، وإلا تبطل»[١]، وهو قول عند المالكية[٢]، ووافقهم الإمامية في ذلك على المعتمد فقالوا: «العقد يلزم على ما وقع عليه من مقدار الثمن والمثمن، لا يزيد بعد العقد، ولا ينقص، سواء حصل التقابض بينهما أم لا، وليس الحط من الثمن بعد العقد، أو الزيادة فيه، أو في المثمن إلاَّ هبة للزائد أو إسقاط من الثمن المسمى، أي إبراء، وهكذا، أما العقد الواقع الجامع للشرائط فلا يتغير، ولا يتبدل عمّا وقع عليه، ولا يحول، ولا يزول»[٣]، لأن «العقد إذا تم ووقع على صورة فقد انتهى كل شيء، وليست الزيادة الخارجة عن العقد إلا وعد مستقلاً له أن يفي به، وله أن لا يفي»[٤]. فلو زاد المشتري في الثمن بعد العقد، لم تلحق الزيادة، بل كانت هبة، لا يجب على الشفيع دفعها، وكذا لو حط البائع من الثمن، لم يلحق بالعقد[٥].

وفائدة الخلاف في القاعدة هو ما ذكره ابن رشد مجملا حيث قال: «وفائدة الفرق – أي بين إلحاق الزيادة بأصل العقد أو عدمه - أن من قال هي من الثمن أوجب ردها في الاستحقاق، وفي الرد بالعيب، وما أشبه ذلك، وأيضا من جعلها في حكم الثمن الأول إن كانت فاسدة فسد البيع، ومن لم يجعلها من الثمن أعني الزيادة لم يوجب شيئًا من هذا»[٦]. وزاده تفصيلاً صاحب درر الحكام فقال: «والتحاق زيادة المبيع بأصل العقد يظهر أثرها في أربعة أمور:

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٥٨.

(٢) كما هو ظاهر من الصيغة الاستفهامية للقاعدة عندهم: "الملحقات بالعقود هل تعد كجزئها أو إنشاء ثان؟".

(٣) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/٤٤٨.

(٤) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/٤٤٦.

(٥) انظر: السرائر لابن إدريس ٢/٣٩٥، تحرير الأحكام للحلي ٢/٣٨٦.

(٦) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/١٤٤.

أحدها: فيما إذا تلفت الزيادة قبل القبض فإنها تسقط حصتها من الثمن.

والثاني: فيما إذا ظهر عيب في الزيادة فإن المشتري يخير بين رد المبيع كله ويرجع على البائع بتمام الثمن المسمى وبين إمضاء البيع، وهذا إذا كان ظهور العيب قبل القبض، وأما بعد القبض فله أن يرد المعيب من البطيخ بحصته من الثمن المسمى ولو كان المعيب مما زيد على أصل المبيع.

الثالث: الشفعة، فلو باع من أرضه ألف ذراع بعشرة آلاف ثم بعد العقد زاد البائع مائة ذراع وقبل المشتري في المجلس، فتملك رجل الأرض المبيعة بالشفعة كان لهذا الشفيع أخذ جميع الأرض المبيعة والمزيدة بعشرة آلاف.

الرابع: فساد البيع فيما إذا كانت الزيادة ما لا يجوز بيعه.

وكذلك التحاق زيادة الثمن والحط منه بأصل العقد يظهر أثرهما في سبعة أمور: التولية والمرابحة والشفعة والاستحقاق وهلاك المبيع وحبسه وفساد العقد»[١].

وهذه القاعدة مكملة لقاعدة: «الزيادة المتصلة تتبع الأصل»[٢]، فهي تتعلق بما يحصل بعد تمام العقد من نماء وزيادة متصلة بالأصل؛ كالسمن والجمال، فهي تملك بملك الأصل. وأما قاعدتنا فتتعلق بالزيادة والنقص الحاصل في أحد العوضين من فعل أحد الطرفين.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى في الصداق: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٢٤٣-٢٤٦ بتصرف. وانظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٣٠، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتارلابن عابدين ٥/١٥٥.

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي ١/٣٧٥، المنثور للزركشي ٢/١٨٢.

﴿ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤]، فالآية نص على أن الزيادة في الصداق تلحق بالعقد، قال السرخسي: «فذلك تنصيص على أن حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد»[1]، «وإذا لحقت الزيادة في الصداق لحقت في البيع بالثمن»[2] وغيرهما من العقود.

٢- ما رواه جابر رضي الله عنه قال: أقبلنا من مكة إلى المدينة مع رسول الله ﷺ فاعتل جملي. وفيه ثم قال لي «بعني جملك هذا». قال: قلت: فإن لرجل عليّ أوقية ذهب فهو لك بها. قال: «قد أخذته، فتبلَّغ عليه إلى المدينة». قال: فلما قدمت المدينة قال رسول الله ﷺ لبلال: «أعطه أوقية من ذهب وزده». قال فأعطاني أوقية من ذهب، وزادني قيراطا[3]. ففي الحديث دليل على أن «البيع إذا وقع على شيء بعينه بثمن بعينه، ثم أراد واحد من متعاقديه زيادة صاحبه فيما ملكه إياه فيه شيئًا، فزاده إياه، وقبله منه أن تلك الزيادة لاحقة به، وداخلة في حكمه»[4]؛ لأن ما كان بسبب ألحق به.

٣- لأن العقد قائم بينهما يملكان التصرف فيه رفعًا وإبقاء، فيملكان التصرف فيه بالتغيير من وصف إلى وصف؛ لأن التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله، فإذا كان باتفاقهما يملكان التصرف في أصل العقد ففي صفته أولى، وإذا صح التغيير التحق بأصل العقد؛ لأن التغيير في الثمن أو المثمن كالوصف له، ووصف

---

(١) المبسوط ٨٤/١٣. وانظر: أحكام القرآن للجصاص ٢٢١/٢، تفسير القرطبي ١٣٥/٥، بدائع الصنائع للكاساني ٢٥٩/٥.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ١٤٤/٢. وانظر: تهذيب الفروق للمالكي ٢٩٠/٣.

(٣) رواه البخاري ١٨٩/٣ (٢٧١٨) وفي مواضع أخر، ومسلم ١٢٢٣/٣ (٧١٥) وهذا لفظه.

(٤) شرح مشكل الآثار للطحاوي ٤٢٨/١١.

الشيء يقوم بذلك الشيء، لا بنفسه[١].

٤- لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه إذا كان أهلا للتصرف، والمحل قابلا، وله ولاية عليه، فإذا أوقع العاقدان الزيادة مبيعا وثمنا كان لهما ذلك، كما لو تبايعا ابتداء[٢].

٥- قاعدة: «التابع تابع»[٣]، وأدلتها؛ لأن اللاحق للعقد تابع له، والتابع يعطى حكم متبوعه، ولا ينفرد عنه.

تطبيقات القاعدة:

أولاً: تطبيقات هي أحكام جزئية:

١- إذا زاد المشتري البائع في الثمن بعد تمام العقد التحقت الزيادة بأصل الثمن، وجاز له أن يبيع مرابحة على الكل؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد فيصير كأن العقد ورد على الأصل والزيادة جميعًا[٤].

٢- يجوز للراهن أن يزيد في المرهون بعد العقد، بأن يضيف إليه مالا آخر رهنا، وتلتحق الزيادة بأصل العقد، ويصير مجموع هذين المالين مرهونا مقابل مجموع الدَّين[٥].

٣- إذا كان لرجل على رجل مال من ثمن بيع قد حل، فأخره عنه إلى أجل فهو جائز، وليس له أن يرجع عنه؛ لأن الزيادة في الأجل تلتحق

---

(١) انظر: المبسوط ١٣/٨٥، بدائع الصنائع ٥/١٧٥، العناية للبابرتي ٦/٥٢٠، فتح القدير لابن الهمام ٦/٥٢١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٥٩.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٠، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٢٢، البحر الرائق ٦/١٢١، فتح القدير ٦/٥٢١، رد المحتار ٥/١٣٨.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٣٩، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/١١٥.

بأصل العقد وتصير كالمذكور فيه[١].

٤- من أسلم في مائة قفيز حنطة إلى ستة أشهر فزاده مثلها قبل الأجل، جاز بناء على أن اللاحق بالعقد يعد واقعًا فيه[٢].

٥- إذا اشترى عشرة أثواب بمائة فزاده البائع بعد العقد ثوبا آخر، تلتحق هذه الزيادة بالأصل ويثبت لها حكم المبيع، فإذا اطلع المشتري على عيب في أحد الثياب فله رد المعيب بحصته وإن كانت الزيادة هي المعيبة؛ لأن حكم الزيادة حكم المزيد في الرد بالخيارات وغيره[٣].

٦- من اشترى قصيلا[٤] كقصب وبرسيم، ثم اشترى خِلْفته[٥] بعد ذلك، أو اشترى أصل ثمر أو زرع لم يبد صلاحه، ثم اشترى الثمر والزرع جاز الشراء في ذلك كله؛ بناء على أن الملحق بالعقد يعد واقعا فيه، فلا يشترط فيه ما يشترط عند اعتباره عقدا مستقلاً[٦].

٧- إذا صرف رجل من آخر عملة بعملة أخرى ثم لقيه بعد أيام فقال له: قد استرخصت مني، فنقصتني عن صرف الناس فزدني، فزاده، فعلى أن الزيادة بعد العقد كجزئه ترد الزيادة مع المزيد إذا فسخ الصرف

(١) انظر: المبسوط ١٣٤/٣٠-١٣٥.

(٢) انظر: المدونة الكبرى ١١٦/٣، التاج والإكليل للمواق ٥٣٠/٦، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٤٣٨/١، الدليل الماهر الناصح للولاتي ص ١٢٩.

(٣) انظر: الجوهرة النيرة للحدادي ٢١١/١، رد المحتار لابن عابدين ١٥٧/٥، التاج المذهب للعنسي ٣١٨/٢، ٣١٩.

(٤) القصيل: بمعنى مقصول أي مجذوذ، وهو الزرع قبل إدراكه. انظر: الشرح الكبير للدردير ١٧٢/٣، المغرب للمطرزي ص ٣٨٧.

(٥) الخلفة: بكسر الخاء ما يخلف من الزرع بعد جزّه، وكل شيء خلف شيئا فهو خلفته. انظر: الشرح الكبير للدردير ١٧٢/٣، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٨٢/٥.

(٦) انظر: شرح المنهج المنتخب للمنجور ٤٣٩/١، الدليل الماهر الناصح للولاتي ص ١٢٩، التاج والإكليل ٤٥١/٦، ٤٥٢.

لفساد أو غيره، ويرد بعيبه وحده، وعلى أن الملحق بالعقد بمنزلة عقد آخر لا ترد الزيادة عند الفسخ، ولا يفسخ الصرف لعيب الزيادة[١].

٨- لو تزوجها على مهر مسمى ثم زاد فيه جازت الزيادة ولحقت بالعقد، فإن دخل بها ثم طلقها أو مات عنها استحقت الأصل والزيادة؛ لأن الزيادة تلحق العقد ويصير كأن العقد ورد على الأصل والزيادة جميعًا[٢].

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد فقهية:

التطبيق الأول من القواعد:

٩٠٣ ـ الْحَطُّ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ[٣].

ومن صيغها:

١- الحط يلحق العقد قبل التفرق وبعده حتى كأن المحطوط لم يكن[٤].

٢- القدر المحطوط يلتحق بأصل العقد[٥].

---

(١) انظر: الدليل الماهر الناصح للولاتي ص ١٢٨، إعداد المهج للشنقيطي ص ١٦٩.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٢١، المبسوط ٥/٨٧، بدائع الصنائع ٢/٢٩٠، المغني ٧/٢٠٤، ٢٠٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٢٣-٢٤.

(٣) المبسوط ١٤/٨٤، ٢١/٨١، بدائع الصنائع ٥/٢٠، العناية ٣/٣٤٣، البحر الرائق ٣/١٧٠، غمز عيون البصائر ٣/١٩٠. ووردت في بدائع الصنائع ٤/٦١ بلفظ: "الحط يلتحق بأصل العقد في المعاوضات".

(٤) البحر الزخار لأحمد المرتضى ٤/٣٧٨.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٣/٨٨.

شرح القاعدة:

التغيير في العقد قد يكون بالزيادة وقد يكون بالحط وقد يكون بإضافة شرط ونحو ذلك، وهذه القاعدة تتعلق بالحط من العوض أو المعوض بعد وقوع العقد.

ومعنى القاعدة: أن العاقدين إذا تراضيا بعد تمام العقد على حط شيء من العوض أو المعوض تبرعًا أو لسبب من الأسباب فإن ذلك يلتحق بأصل العقد، ويصير كأن العقد ورد في الابتداء على الباقي بعد الحط. فإذا أخذ الشفيع الشقص بالشفعة فإنه يحط عنه من الثمن الذي دفعه المشتري للبائع مقدار ما حطه البائع عن المشتري من الثمن، سواء أكان الحط تبرعا أم لأجل عيب اطلع عليه المشتري في الشقص، أو نحو ذلك.

والأصل في الحط أنه يجري مجرى الزيادة؛ قال الحموي: «الحط يلتحق بأصل العقد كالزيادة»[(١)]. فهو يصح في المواضع التي يجوز فيها الزيادة ويلتحق بأصل العقد، إلا أنه لا يشترط فيه كل ما يشترط في الزيادة، فلا يشترط فيه اتحاد المجلس، ولا يتوقف على القبول، قال الكاساني: «وأما الحط فلا يشترط له المجلس، ولا القبول؛ لأنه تصرف في الثمن بالإسقاط والإبراء عن بعضه فيصح من غير قبول إلا أنه يرتد بالرد»[(٢)]، وكذلك لا يشترط فيه بقاء المعقود عليه، فالحط يصح ولو كان المعقود عليه هالكا[(٣)]، بخلاف الزيادة؛ لأن «الحط إسقاط محض، وفي الزيادة معنى التمليك»[(٤)]، و«إسقاط عوض المعدوم يصح، والاعتياض عنه لا يصح»[(٥)]، ولأن «عمل الحط في إخراج قدر

---

(١) غمز عيون البصائر ٣/٢٠.
(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٥٩.
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٣/١٤٤، بدائع الصنائع ٥/٢٦٠.
(٤) المبسوط للسرخسي ٢٣/١٤٤.
(٥) فتح القدير لابن الهمام ٦/٥٢٢.

المحطوط من أن يكون ثمنا، فالشرط فيه قيام الثمن لا قيام المعقود عليه، والثمن باق فثبت الحط على سبيل الالتحاق بأصل العقد»[١].

ومما يختلف فيه الحط عن الزيادة أيضًا «أن الزيادة تنقسم على قدر قيمة المبيع، والحط لا ينقسم؛ كما لو اشترى شيئين من رجل بألف درهم، وزاده المشتري مائة درهم، فإن الزيادة تنقسم على قدر قيمتهما، سواء اشترى ولم يسم لكل واحد منهما ثمنا أو سمى. وإن حط البائع عن المشتري مائة درهم كان الحط نصفين، وإنما كان كذلك؛ لأن الثمن يقابل المبيع، فإذا زاد في ثمن المبيعين مطلقا فلا بد وأن تقابلهما الزيادة كأصل الثمن»[٢].

والتحاق الحط من الثمن بأصل العقد مقيد بقيدين:

أحدهما: ألا يكون الحط من الوكيل، فإذا باع الوكيل عقارا بألف، ثم حط بعد العقد مائة من الثمن فإن الوكيل يضمن ما حطه لموكله، وإذا ظهر لهذا العقار شفيع أخذه بجميع الثمن، أي بألف؛ لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد[٣].

والثاني: ألا يكون المحطوط من الثمن تابعًا ولا وصفًا، فإن كان المحطوط من الثمن تابعا ووصفا فلا يلتحق الحط بأصل العقد، كما لو اشترى عقارا بسيارة صحيحة تساوي عشرة آلاف، ثم أصاب السيارة عيب قبل القبض فنزلت قيمتها إلى ثمانية آلاف، فقبض البائع السيارة من المشتري، وقبلها على عيبها فإن الشفيع يأخذ العقار بقيمة السيارة وهي خالية من العيب[٤].

---

(١) المبسوط ١٣/٨٥.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٦٠.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع الغمز ٣/١٩٠، رد المحتار ٥/١٥٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٢٤٤.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٨٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٢٤٤.

والحط لا يلتحق بأصل العقد في باب الأيمان؛ قال ابن الهمام: «الحط يلتحق بأصل العقد إلا في اليمين»[١]، فمن باع باثني عشر، وحط عنه درهمين، فإنه يحنث لو كان حلف لا يشتريه باثني عشر درهماً[٢].

وهذه القاعدة محل اتفاق عند عامة الفقهاء إذا كان الحط قبل لزوم العقد، أما إذا كان الحط بعد اللزوم فإنه يلحق عند الحنفية والمالكية على قول والزيدية، والخلاف فيها كأصلها.

ومن تطبيقاتها:

١- لو أخبر الشفيع أن الدار بيعت بألف درهم، فسلّم الشفعة، ثم إن البائع حط عن المشتري خمسمائة، وقبل المشتري الحط كان له الأخذ بالشفعة؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد، فخرج المحطوط من أن يكون ثمنا، فتبين أن البيع كان بخمسمائة، والشفيع إنما تركه لثمن بان خلافه، ولم يتركه رغبة عنه[٣].

٢- إذا اشترى عينا بمائة ثم حط البائع عن المشتري بعض الثمن جاز ذلك ولحق بأصل العقد، ويتعلق الاستحقاق بما بقي بعد الحط، فيستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد[٤].

٣- إذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن بعد تمام العقد، ثم استحق

---

(١) فتح القدير ٦/٤٩٣.

(٢) فتح القدير ٦/٤٩٣، البحر الرائق ٦/١١٤.

(٣) انظر: المبسوط ١٤/١٠٧، بدائع الصنائع ٥/٢٠، مجمع الأنهرلشيخي زاده ٢/٤٧٧، البحر الزخار ٥/٢٥.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٤/٨٣، العناية شرح الهداية ٦/٥٢٠، البحر الرائق ٦/١٣٢.

المبيع يرجع المشتري على البائع بما بقي بعد الحط، لأن الحط يلتحق بأصل العقد، ويتعلق الاستحقاق بما بقي بعده[١].

٤- إذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن فإنه يبيعه مرابحة على الباقي بعد الحط؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد، فيصير الباقي بعد الحط هو رأس المال[٢].

٥- إذا حط البائع الأول من الثمن بعدما باعه المشتري تولية فإنه يحط ذلك عن المولَى- المشتري الثاني-؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد، فكأنه وقع ابتداء على الباقي بعد الحط، ومبنى التولية التنـزيل على الثمن الأول[٣].

٦- لو تزوجها على ألف فقبضت منه النصف، ووهبت للزوج الباقي، ثم طلقها قبل الدخول، يرجع الزوج عليها بنصف المقبوض عند أبي يوسف ومحمد، وذلك لأن هبة نصف الصداق قبل القبض حط منه، والحط يلتحق بأصل العقد، ويخرج به المحطوط من أن يكون عوضا، فكأنه تزوجها ابتداء على الخمسمائة، وقبضت منه ثم طلقها[٤].

(١) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٨٣/٤.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٢/٥، تبيين الحقائق ٨٣/٤، الفتاوى الهندية ١٦٣/٣.
(٣) انظر: فتح القدير ٥٠٧/٦، الفتاوى الهندية ١٦٣/٣، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٤٢٦/٤، مغني المحتاج للخطيب الشربيني٤٧٥/٢.
(٤) انظر: المبسوط ٦٥/٦، العناية شرح الهداية للبابرتي ٣٤٣/٣.

التطبيق الثاني من القواعد:

٩٠٤ - الْوَاقِعُ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ كَالْوَاقِعِ فِي الْعَقْدِ[١].

ومن صيغها:

١- الواقع في مدة الخيار كالواقع في العقد[٢].

٢- التغيير يلحق بالعقد في زمن الخيار[٣].

٣- يلحق بالواقع في صلب العقد الواقع بعده في زمن خياره[٤].

٤- الواقع في الحريم[٥] بمنـزلة الواقع في صلب العقد[٦].

شرح القاعدة:

الخيار هو: «التخيير بين الفسخ والإجازة»[٧] أو «طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه»[٨].

ومعنى القاعدة: أن كل ما يقع في مدة الخيار من تغيير في العقد وإلحاق شيء به فإنه يكون كالواقع في صلب العقد ويأخذ حكمه، فإن كان صحيحًا لزمه وتبعه في الشفعة والاستحقاق والرد بالعيب ونحو ذلك، وإن كان فاسدًا أفسد العقد وأبطله؛ «فلو ألحقا بالعقد زيادة في الثمن أو المثمن أو ازدادا بباب من

---

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/١٦.

(٢) حاشية قليوبي على الجلال ٢/٢٢٦، حاشية البجيرمي على المنهج ٢/٢١٧.

(٣) المغني لابن قدامة ٥/٢٠١.

(٤) تحفة المحتاج ٤/٣٠١، ٣٠٢.

(٥) المقصود بالحريم: مدة خيار المجلس والشرط.

(٦) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/٢٧٦.

(٧) بدائع الصنائع ٥/٢٦٤.

(٨) تحفة المحتاج ٤/٣٣٢، مغني المحتاج ٢/٤٠٢.

أبواب الخيار أو الأجل أو قدرهما أو فعلا ذلك في المسلم فيه أو في رأس مال السلم أو الصداق أو في الإجارة أو غيرها من العقود فإنه يلحق في مدة الخيارين- أي: المجلس، والشرط – جميعًا على الصحيح»[١].

والقاعدة مبنية على التفريق بين حالة اللزوم وحالة الخيار في العقد؛ فالتغيير في حالة الخيار يلحق بالعقد، بخلاف ما بعده؛ قال البهوتي: «ما يزاد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار - أي: المجلس، أو الشرط - يلحق بالعقد؛ لأن زمن الخيار كحالة العقد، ولا يلحق به ما زيد أو حط من الثمن بعد مدة الخيار؛ لأن الزيادة حينئذ هبة يشترط لها شروطها، والنقصان إبراء فلا يثبت شيء منهما في حق الشفيع؛ لكونه وجد بعد استقرار العقد، أشبه ما لو وهب أحدهما الآخر عينا أخرى»[٢]. وهي تمثل مذهب الشافعية والحنابلة، أما الحنفية فلا فرق عندهم بين الإلحاق في المجلس أو بعده، وكذا لا فرق بين ما كان في زمن خيار الشرط أو بعده، وكذلك المالكية في أحد القولين.

ومن تطبيقاتها :

١- لا تجب الزكاة في العروض إلا إذا ملكها بمعاوضة مقرونة بنية التجارة، فإن تأخرت النية عن العقد فلا أثر لها إلا إذا وقعت في مدة خيار المجلس فإنها تعتبر؛ لأن الواقع في زمن الخيار كالواقع في العقد[٣].

٢- إذا ألحقا بالعقد شرطا فاسدا في مدة الخيار فسد العقد[٤]؛ كما لو باع

---

(١) المجموع شرح المهذب للنووي ٩/٤٦١-٤٦٢. بتصرف يسير. وانظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٧، حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٨٥.

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٤/١٦٠.

(٣) انظر: حاشية البجيرمي على المنهج ٢/٣٨.

(٤) انظر: المجموع للنووي ٩/٤٦١، حاشية قليوبي على الجلال ٢/٢٢٦، حاشية البجيرمي على المنهج ٢/٢١٧.

دارا ثم في مدة الخيار اشترط على المشتري فقال: على أن تزوجني ابنتك فسد العقد؛ لفساد الشرط؛ لأن الواقع في مدة الخيار كالواقع في العقد.

٣- إذا حط البائع جميع الثمن في مدة الخيار سقط حق الشفيع في الشفعة؛ لأنه يصير هبة، إذ الواقع في مدة الخيار يلحق بالعقد(١).

٤- إذا اشترى شيئًا بألف حالّة، ثم طلب المشتري من البائع تأجيل الثمن مدة سنة في زمن الخيار، ووافقه البائع على ذلك جاز التأجيل ولزم؛ لأن الواقع في مدة الخيار كالواقع في العقد(٢).

٥- لو أبرأه من بعض الثمن قبل التفرق من المجلس، ثم رد المبيع بالعيب، فلا يرجع إلا بما بقي؛ لأن الإبراء في مدة الخيار يلحق بالعقد(٣).

٦- لو تبايعا سلعة بيعا باتا بغير إثبات خيار الشرط، ثم شرطا في المجلس خيارا ثبت، ويكون كالشرط في العقد(٤).

٧- إذا باع ربويًّا بجنسه؛ كصاع شعير بمثله، ثم زاده في زمن الخيار بطل العقد؛ لانتفاء المماثلة، إذ الواقع في مدة الخيار يلحق بالعقد(٥).

٨- الهدية التي يعطيها البائع بعد العقد للوكيل بالشراء في زمن الخيارين، كمسؤول المشتريات في مؤسسة أو جهة أخرى تلحق بالعقد، وتكون للموكل(٦).

---

(١) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٧٠، تحفة المحتاج ٦/٦٨.
(٢) انظر: أسنى المطالب ٢/٩٣، تحفة المحتاج ٤/٣٠١-٣٠٢، حاشية قليوبي على الجلال ٢/٢٤١.
(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٤٥، حاشية أسنى المطالب له ٢/٦٤.
(٤) انظر: المجموع للنووي ٩/٢٣١، أسنى المطالب للأنصاري ٢/٩٣، تحفة المحتاج ٤/٣٠١-٣٠٢.
(٥) انظر: حاشية قليوبي على الجلال ٢/٢٤١، حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/١١٦.
(٦) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٥٣، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/١٣٢.

استثناءات من القاعدة :

التطبيق الثالث من القواعد :

٩٠٥ ـ الـمُفْسِدُ لا يَلْحَقُ بِالْعَقْد[١].

شرح القاعدة :

استثنى بعض الفقهاء - كالمالكية[٢] - من القاعدة الأم فروعا عديدة، وعند التأمل فيها يتبين أن السبب في عدم إلحاق هذه الفروع بأصل العقد هو أن إلحاقها يؤدي إلى فساد العقد، والعقود تصان عن الإبطال والإلغاء ما أمكن، وهذا هو موضوع قاعدتنا.

ومعنى القاعدة : أن التصرف أو الشرط الذي يفسد العقد عند اقترانه به إذا وقع بعد تمامه لا يلحق به ولا يفسده، بل يعتبر تصرفا مستقلا بذاته، ويأخذ حكم نفسه؛ فمن آجر داره بشرط أن يقرضه المستأجر أو يهدي إليه فالإجارة فاسدة، لكن إذا تطوع المستأجر فأقرضه بعد العقد جاز ذلك، ولم يفسد العقد، وذلك «لأن في إثبات- إلحاق التصرف الواقع بعد العقد من - الزيادة، والشرط الفاسد- ونحوه - إبطال الأصل؛ لأن صحة ذلك بصحة العقد؛ فإذا أثبتنا ذلك على سبيل الالتحاق بأصل العقد يبطل العقد به، وببطلان العقد، تبطل الزيادة، فيكون هذا اشتغالا بما لا يفيد»[٣].

والقاعدة محل خلاف بين القائلين بالتحاق التصرف الواقع بعد لزوم العقد بأصل العقد، فإذا تضمن الإلحاق فساد العقد- كما إذا كانت الزيادة في الأموال

---

(١) حاشية شرح الأزهار ٧٧/٣.

(٢) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٠٦، شرح المنهج المنتخب للمنجور ٤٣٩/١.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٤/٨٢-٨٣.

الربوية- فهل يلحق التغيير بأصل العقد ويفسده أم لا؟؛ قال الكاساني: «الزيادة في المبيع والثمن عندنا تلتحق بأصل العقد إذا لم يتضمن الالتحاق فساد أصل العقد بلا خلاف بين أصحابنا، فأما إذا تضمن ذلك بأن كانت الزيادة في الأموال الربوية فهل يلتحق به ويفسده أم لا يلتحق به وكذلك الحط؟ اختلف أصحابنا في ذلك، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: الزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد ويفسدانه، وقال أبو يوسف: يبطلان ولا يلتحقان بأصل العقد، وأصل العقد صحيح على حاله، وقال محمد: الزيادة باطلة والعقد على حاله، والحط جائز هبة مبتدأة»[1]، «واختلافهم في هذه المسألة فرع اختلافهم في أصل آخر وهو أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد في الذكر إذا ألحق به، هل يلتحق به أم لا؟ فمن أصل أبي حنيفة فيه أنه يلتحق بأصل العقد ويفسد العقد، ومن أصل أبي يوسف ومحمد أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد لا يلتحق بالعقد، فطرد أبو يوسف هذا الأصل، وقال: تبطل الزيادة والحط جميعًا، ويبقى البيع الأول صحيحا، ومحمد فرق بين الزيادة والحط، وقال: الزيادة باطلة والحط جائز؛ لأن الزيادة لو صحت لالتحقت بأصل العقد، فيوجب فساده فبطلت الزيادة، وليس من شرط صحة الحط أن يلتحق بالعقد، ألا ترى أنه لو حط جميع الثمن صح، ولا يلتحق؟ إذ لو التحق لكان البيع واقعا بلا ثمن، فيجعل حطا للحال بمنزلة هبة مستأنفة»[2]، وما ذهب إليه الإمام محمد من عدم لحوق المفسد بالعقد هو المعتمد في المذهب؛ قال الزرقا: «وظاهر كلام الذخيرة[3] يفيد ترجيح قول محمد على قول غيره، حيث علله ووجهه، ولم يوجه قول غيره، وإنما أبطل محمد الزيادة ولم يصححها هبة مبتدأة كالحط؛ لأن تسميتها زيادة تستدعي مزيدًا فيه، وتستلزمه للالتحاق به فتلتحق، بخلاف الحط فإنه

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٦١.

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢١٦.

(٣) المراد به كتاب الذخيرة البرهانية للإمام برهان الدين محمود بن تاج الدين بن مازة.

إسقاط»[1]، وقد رويت عن أبي حنيفة رواية أخرى توافق قول محمد، وهي أن الشرط لا يلتحق بالعقد إلا إذا كان صحيحا، أما إذا كان فاسدًا فلا، وهي الرواية المصححة في المذهب[2]، وذهب المالكية إلى أن الواقع بعد العقد إذا كان في إلحاقه بالعقد واعتباره جزءا منه إفساد له فإنه لا يلحق، وقد أشار الونشريسي إلى ذلك بقوله في القاعدة: «لم يطردوا هذه القاعدة في مسائل كثيرة... ومقتضى القول بأن الملحق بالعقد يعد كجزئه فساد هذه العقود»[3]. وهو ما ذهب إليه الزيدية حيث اشترطوا لصحة الزيادة والنقص أن لا يقتضي شيء منهما الربا[4].

أما الشافعية فمذهبهم أن «إلحاق المفسد بالعقد في زمن الخيار يفسده؛ لأن الواقع في مدة الخيار كالواقع في العقد»[5].

ومن تطبيقاتها :

١- إذا اشترط البائع في العقد على المشتري أنه متى أتى بالثمن ردت عليه السلعة فسد البيع[6]، أما إن تطوع المشتري للبائع بعد عقد البيع أنه متى جاءه بالثمن فالمبيع عائد له فالبيع صحيح، ولا يلحق بالعقد[7].

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٤٤.

(٢) انظر: البحر الرائق ٦/ ٩٤، رد المحتار ٥/ ٨٤، ١٢٦، ١٥٨.

(٣) إيضاح المسالك ص ١٠٦.

(٤) انظر: التاج المذهب للعنسي ٢/ ٣١٩، شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/ ١٢.

(٥) حاشية قليوبي على الجلال ٢/ ٢٢٦، حاشية البجيرمي على المنهج ٢/ ٢١٧. وانظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/ ٢٧٦.

(٦) ويسمى هذا بالثنيا الممنوعة عند المالكية.

(٧) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٠٦، حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٥/ ٨٦.

٢- الإمتاع، وهو أن تعطي الزوجة أو أبوها شيئًا للزوج كدار يسكنها أو أرض يعمرها ونحو ذلك، فإن كان ذلك في نفس عقد النكاح فالنكاح فاسد، وإن كان طوعا بعد العقد فجائز، ولا يلحق بالعقد[1]؛ لأن المفسد لا يلحق بالعقد.

٣- إذا اشترط أحد الشريكين عند العقد على صاحبه أن يسلفه فالعقد فاسد؛ لاجتماع الشركة والسلف، وإن تطوع أحدهما بالتسليف أو الهبة بعد العقد فلا يفسد العقد[2].

٤- لو قال: زارعتك أرضي على أن تقرضني ألفًا فسدت المزارعة، لأنها من عقود المعاوضات المالية، فلا يصح تعليقها بالشرط[3]، أما إن تطوع بذلك بعد العقد جاز ولا يؤثر في العقد؛ بناء على أن المفسد لا يلحق بالعقد.

٥- من ابتاع سلعة بثمن مؤجل على أنه إن مات فالثمن صدقة عليه، فإنه يفسخ البيع؛ لما فيه من الغرر[4]، أما إن تطوع بذلك بعد العقد جاز ذلك؛ بناء على أن المفسد لا يلحق بالعقد.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٠٦، شرح ميارة على التحفة ١/١٧٥.

(٢) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٠٦، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣/٤٦٩، شرح مختصر خليل للخرشي ٦/٤٦.

(٣) انظر: البحر الرائق ٦/٢٠١، مجمع الأنهر ٢/١١٣.

(٤) انظر: فتح العلي المالك لمحمد عليش ١/٣٤٣.

رقم القاعدة: ٩٠٦

نص القاعدة: الإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ كَالوَكَالَةِ السَّابِقَةِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء[٢].

٢- تتوقف العقود على الإجازة[٣].

٣- كل تصرف صدر من غير المالك يتوقف على إجازة من له الإجازة[٤].

٤- كل تصرف صدر من الفضولي انعقد موقوفًا على الإجازة[٥].

٥- إذا تَصَرَّف الرَّجلُ في حقِّ الغير بغير إِذنه هل يقع تصرفُّه مردودًا أو موقوفًا على إجازته؟[٦].

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٣/٣٩٤، بدائع الصنائع للكاساني ٢/٣٦٨، ٤/٢٧١، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للدكتور علي الندوي ص ٤٦٥، نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص١٤٧، ٢٨١، ولفظ الإمام أبي الحسن الكرخي: "الأصل أن الإجازة..." إلخ. أصول الكرخي ص ١١٤. وانظر أيضًا: البناية للعيني ٧/٤٠٤، ٦/٥٩٠، فتح القدير لابن الهمام ٢/١٩١.

(٢) المبسوط للسرخسي ١١/١١، ٦٢، ٢٥/١١٧، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي ص ٤٦٥. وفي لفظ: "الإذن في الانتهاء..." إلخ. البناية ٨/٣٢٤.

(٣) انظر: المبسوط ٥/٥.

(٤) انظر: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي ص ١٣٦، ١٥٦، ١٧٨.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٨٤. وانظر أيضًا: التجريد للقدوري ٥/٢٥٩٥، بدائع الصنائع ٤/٢٠٨، جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ١/٢٣٢، منحة الخالق لابن عابدين ٦/١٦٤.

(٦) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/٥٧٧، إعلام الموقعين لابن القيم ٢/٥٤.

قواعد ذات علاقة :

١- العقود لا تتوقف على الإجازة[١]. (مخالفة).

٢- لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه[٢].

٣- الباطل لا تلحقه الإجازة[٣]. (مقيِّدة).

٤- الإجازة لا تلحق الإتلاف[٤]. (مقيِّدة).

٥- الأصل أن كل عقد له مجيز حال وقوعه توقف للإجازة وإلا فلا[٥]. (مقيدة).

٦- كل ما صح التوكيل به إذا باشره الفضولي يتوقف[٦]. (أخص).

٧- العقد الموقوف إذا اتصلت به الإجازة تستند الإجازة إلى وقت العقد[٧]. (بيان).

شرح القاعدة :

هذه القاعدة تبين حكم العقد الموقوف، ومجالها الرئيس حكم تصرفات

---

(١) المبسوط ٥/٥.
(٢) المجلة، المادة ٩٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٣) حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٨، ٥/٨٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٤) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٥) أصول الإمام الكرخي ص ١١٥.
(٦) شرح المجلة للأتاسي ٤/٤٤٤. وانظر أيضًا: فتاوى قاضيخان ٣/٤.
(٧) بدائع الصنائع ٢/٣٧٦ - وانظر أيضًا أصول الإمام الكرخي ص ١١٥ - وفي لفظ: "الإجازة تنعطف إلى وقت العقد" التاج المذهب للعنسي ٢/٥٤.

الفضولي[١]، ومعناها أن من تصرف في حق الغير[٢] - مما تجوز النيابة فيه - من غير إذن منه ولا إذن الشرع، ثم أجاز صاحب الحق تصرفه، كان حكم تصرفه كما لو وكله وأذن له فيه صاحب الحق ابتداءً، بحيث تترتب عليه كافة آثاره الشرعية من يوم التصرف.

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا تصرف شخص في حق غيره من دون أن يكون له حق التصرف في ذلك بوكالة ونيابة عن صاحبه، أو ولاية عليه، فهل يكون تصرفه باطلاً من أصله لا يترتب عليه أي أثر شرعي، أو أنه يتوقف على إذن من يملك الإذن فيه، فإن أمضاه وأجازه نفذ، وإلا فلا؟

ومن المعلوم المقرر شرعًا أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير أو حقه بغير إذنه ولا ولاية شرعية عليه، لكن اختلف الفقهاء في حدود هذا المنع على قولين مشهورين:

القول الأول: ذهب بعضهم إلى أن هذا المنع من التصرف في حق الغير

---

(١) الفضولي في اصطلاح الفقهاء: "هو من يتصرف في حقوق غيره تصرفًا قوليًا دون تفويض مشروع" المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٥٠٣، وانظر أيضًا: البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٦٠، القاموس الفقهي لقلعجي ص ٢٨٧.
وتجدر الإشارة إلى العقد الموقوف له عند الحنفية أنواع كثيرة، وقد أوصلها بعضهم على ثمانية وثلاثين نوعًا، منها: عقد الصغير المميز، وعقد السفيه المحجور عليه، وعقد المدين المستغرق بدينه، وعقد المريض مرض الموت، ونحو ذلك، غير أن أهم أنواع العقد الموقوف هو عقد الفضولي. انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٥٠١ - ٥٠٣.

(٢) قال الشيخ مصطفى أحمد الزرقا - رحمه الله تعالى: "حق الغير له ثلاثة أوجه:
إما أن يكون حق الغير متعلقًا بعين المحل المعقود عليه، كما في بيع ملك الغير....
وإما أن يكون متعلقًا بمالية المحل المعقود عليه دون عينه، كما في تصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين...
وإما أن يكون متعلقًا بصلاحية التصرف نفسه لا بمحله المعقود عليه، ويدخل في ذلك تصرف ناقص الأهلية المحجور عليه حجرًا شرعيًا بسبب الصغر، كالصغير المميز، أو حجرًا قضائيًا بسبب السفه، أو بسبب الدين المحيط. فناقص الأهليه، من صغير قاصر، أو سفيه أو مدين محجورين لا يملك حق التصرف في حقوقه وأمواله، لأن حق التصرف إنما هو لنائبه من ولي أو وصي أو حارس قضائي..." إلخ. المدخل الفقهي العام ١/٥٠٤، ٥٠٥.

مقتصر على ما إذا ترتب على التصرف أثر فعلي، أما ما كان مجرد قول فهو غير مراد بالمنع، بل التصرف صحيح لكن يتوقف تنفيذه على رضا وإرادة من يملك ذلك، فإن أمضاه نفذ، وتكون الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وإن لم يجزه رُدَّ. فعلى قول هؤلاء: إن كل ما صح التوكيل به إذا باشره الفضولي من العقود والتصرفات يتوقف على إجازة المالك وصاحب الحق.

وإليه ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والإمامية والزيدية في الجملة والإباضية، وهو أحد قولي الإمام أحمد، وبه قال أيضًا الإمام إسحق بن راهوية، والإمام الشافعي في القديم، ومال إليه أيضًا الإمام البخاري، واختاره ابن تيمية وابن القيم وآخرون[١].

القول الثاني: يرى طائفة أخرى من الفقهاء أن هذا المنع يعم المرحلة القولية أيضًا، فليس لأحد أن يعقد عن أحد عقدًا بدون إذن شرعي، فإن عقد كان العقد باطلاً، غير متوقف على إرادة صاحب الحق، فتصرف الفضولي مردود، وأن العقود لا توقف على الإجازة عندهم.

وهذا هو القول الجديد عند الإمام الشافعي، وهو الصحيح عند الشافعية، وهو الأشهر من قولي الإمام أحمد[٢] والصحيح من المذهب عند الحنابلة، وإليه ذهب أيضًا الظاهرية[٣].

---

(١) انظر: التجريد للقدوري ٢٥٩٠/٥، بدائع الصنائع ٢٠٨/٤، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد١٢٩/٢، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٥، الوسيط للإمام الغزالي ٢٢/٣، المجموع للنووي ٢٨١/٩، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٤٠٩/٤، مجموع الفتاوى ٥٧٧/٢٠، ٦٤/٣٠، إعلام الموقعين ٥٤/٢ فما بعدها، المبدع لابن مفلح ١٨٧/٥، شرح النيل لأطفيش ٢٣٠/٨، الروضة البهية للعاملي ٦٨٠/٤، التاج المذهب للعنسي ٥٤/٢، القواعد والضوابط الفقهية للدكتور علي الندوي ١٦٨/١.

(٢) يرى شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله تعالى – أن مذهب الإمام أحمد فيه تفصيل في هذه المسألة، قال: "ظاهر مذهب أحمد أن المتصرف إذا كان معذورا - لعدم تمكنه من الاستئذان وحاجته إلى التصرف - وقف على الإجازة بلا نزاع، وان أمكنه الاستئذان، أو لم يكن به حاجة إلى التصرف ففيه النزاع" اهـ. مجموع الفتاوى ٥٧٧/٢٠، إعلام الموقعين ٥٤/٢.

(٣) انظر: بالإضافة إلى المصادر المذكورة في الفقرة السابقة: المحلى لابن حزم ٢٤٦/٨، ٤٣٧، ٣٣٥/٩، السيل الجرار للشوكاني ٤٩/٣، ٥٠، ٣٧٠.

ومحل الخلاف ما إذا كان تصرف الفضولي في غياب المالك، أما إذا كان صاحب الحق حاضرًا، وسكت على تصرف الفضولي فإن العقد لا يصح عند عامة الفقهاء؛ لأن «كل تصرف يفتقر إلى إذن يجب ألا يقوم السكوت مقام الإذن فيه»[(١)]، خلافًا لابن أبي ليلى رحمه الله تعالى – الذي يرى السكوت إقرارًا في مثل هذا[(٢)].

والجمهور الذين قالوا: إن عقود الفضولي موقوفة على إجازة صاحب الشأن، قيدوا ذلك بشروط:

الأول: أن يكون العقد صحيحًا، فالعقد الباطل لا تلحقه الإجازة.

والثاني: أن يكون للعقد مُجِيزٌ حالَ وقوع العقد وصدور التصرف - والمجيز هنا هو من توافرت فيه شروط الأهلية لأن يوكل غيره - فإن لم يكن له مجيز فلا يتوقف، واعتبر باطلاً؛ لأن فائدة التوقف النفاذ عند الإجازة[(٣)]. يضاف إلى ذلك أن الفضول لا يكون إلا في حدود التصرف القولي، أما إذا أعقب التصرف القولي بطريق الفضول تنفيذ فعلي من قبل الفضولي نفسه من دون إذن صاحب الحق، فإنه يصبح عندئذ متعديًا[(٤)].

والثالث: أن يكون المعقود عليه موجودًا وقت الإجازة، إما إن كان تالفًا فلا؛ بناءً على أن «الإجازة لا تلحق الإتلاف» فلو أن فضوليًّا باع ملك غيره فأجازه مالكه بعد فوات المعقود عليه لم يجز؛ لأن العقد لا يرد على التالف ابتداءً، فلم تجز إجازته[(٥)].

---

(١) التجريد للقدوري ٣٥٤٢/٧.
(٢) انظر: المهذب للشيرازي ٢١٣/١، المبدع لابن مفلح ١٧/٤.
(٣) انظر: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي ص ٣١٢، ٣١٣، موسوعة القواعد والفقهية للبورنو ٣٦٥/٧.
(٤) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٥٠٣/١.
(٥) انظر: الفروق للكرابيسي ٦٧/٢، درر الحكام شرح المجلة لعلي حيدر ٥٣٦/٢.

وقال هؤلاء: العقد الموقوف إذا اتصلت به الإجازة تستند الإجازة إلى وقت العقد، أي: «إذا وجدت الإجازة يكون لها استناد وانعطاف، أي: تأثير رجعي، فبعد الإجازة يستفيد العاقد من ثمرات العقد منذ انعقاده؛ لأن الإجازة لم تنشئ العقد إنشاءً، بل أنفذته إنفاذًا، أي فتحت الطريق لآثاره الممنوعة المتوقفة لكي تمر وتسري، فتلحق تلك الآثار بالعقد المولد لها اعتبارًا من تاريخ انعقاده لا من تاريخ الإجازة»[(١)]، وهذا ما يدل عليه كلمة «كالوكالة السابقة»، بل هو مصرح به في الصيغة الأخرى: «الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء».

أدلة القاعدة:

أولاً: أدلة الجمهور القائلين بوقف تصرفات الفضولي على إجازة صاحب الحق:

استدل هؤلاء بأدلة كثيرة، أبرزها:

١- حديث عروة البارقي - رضي الله عنه- أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه[(٢)].

وجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ سوَّغ بيعه، مع أنه لم يأمره بشراء الثانية وبيعها، ولو لم يكن البيع موقوفًا على إجازته لأمره بالاسترداد.

٢- ما جاء في حديث الثلاثة أصحاب الغار الذين سدت صخرةٌ الغارَ عليهم، فدعا كل واحد منهم بأفضل عمل عمله، فقال أحدهم:

---

(١) المدخل الفقهي العام ١/٥٠٦، وانظر: التاج المذهب للعنسي ٢/٥٤.

(٢) رواه البخاري في صحيحه ٤/٢٠٧ (٣٦٤٢).

«اللهم إن كنت تعلم أني استأجرت أجيرا بفرق من ذرة فأعطيته وأبى ذاك أن يأخذ فعمدت إلى ذلك الفرق فزرعته حتى اشتريت منه بقرا وراعيها ثم جاء فقال: يا عبد الله أعطني حقي، فقلت: انطلق إلى تلك البقر وراعيها فإنها لك، فقال: أتستهزئ بي؟ قال: فقلت: ما أستهزئ بك ولكنها لك. اللهم إن كنت تعلم أني فعلت ذلك ابتغاء وجهك فافرج عنا فكشف عنهم»[(١)].

ووجه الدلالة من الحديث أن الرجل تصرف في مال الأجير بما فيه مصلحته، بغير إذنه، وأقره الرسول ﷺ على ذلك؛ إذ ساق خبره مساق المدح والثناء عليه، وقد ترجم عليه البخاري باب «إذا اشترى شيئًا لغيره بغير إذنه فرضي» قال الحافظ ابن حجر: «هذه الترجمة معقودة لبيع الفضولي وقد مال البخاري فيها إلى الجواز»[(٢)].

٣- قالوا: يدل عليه أيضًا اتفاق الصحابة، فقد ثبت عنهم ذلك في قضايا متعددة، ولم يعلم أن أحدًا منهم أنكر ذلك[(٣)].

٤- ومن المعقول: أن المنع من التصرف في حق الغير لم يكن لحق الله تعالى، بل لحق الملاك، وذلك حتى لا يتصرف غيرهم في حقوقهم إلا بإذنهم؛ لأن التصرف في حق الغير من غير إذن أو ولاية شرعية اعتداء على حقه، فإذا أجاز الملاك ما فعله الفضولي – ومن في حكمه - ذهبت المفسدة، وزالت علة المنع بإجازة المالك[(٤)].

---

(١) رواه البخاري ٨٠/٣ (٢٢١٥) وفي مواضع أخر، ومسلم ٢٠٩٩/٤-٢١٠٠ (٢٧٣٤) من حديث عبدالله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٤٠٩/٤.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى ٥٧٩/٢٠ - ٥٨٠، إعلام الموقعين ٥٥/٢.

(٤) انظر: قواعد البيوع وفرائد الفروع لوليد السعيدان، ضمن قاعدة "لا يصح البيع إلا من مالك للعين أو من يقوم مقامه"، (نسخة مرقونة).

٥- قاسوا الإجازة في الانتهاء على الإذن في الابتداء، بجامع حصول الرضا من صاحب الحق في الصورتين[١].

٦- ولأن السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائطه، وكلها كانت حاصلة سوى رضا المالك، فإذا حصل ذلك بالإجازة عمل السبب التام عمله[٢]، فكأن العقد حصل ابتداءً بوكالة منه.

ثانيًا: أدلة الشافعية وغيرهم ممن قالوا بعدم وقف العقود وبطلان تصرفات الفضولي:

استدل هؤلاء أيضًا بأدلة، أقواها:

١- حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه مرفوعًا: «لا تبع ما ليس عندك»[٣].

ووجه الدلالة من الحديث عندهم: أن فيه النهي عن بيع ما ليس لدى الإنسان، والنهي المطلق يقتضي الفساد[٤].

٢- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك»[٥].

---

(١) انظر: المبسوط ١٢/٨٠، نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص ١٤٧.

(٢) انظر: الروضة البهية ٣/٢٢٩. وراجع أيضًا القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/٢٦٤، نقلاً عن الإرشاد إلى معرفة الأحكام للشيخ السعدي (ضمن المجموعة الكاملة) ٢/٤٩٨.

(٣) رواه أحمد ٢٤/٣١ (١٥٣١٥)، وأبو داود ٤/١٨١-١٨٢ (٣٤٩٧)، والترمذي ٣/٥٣٤-٥٣٧ (١٢٣٢) (١٢٣٣)، والنسائي ٧/٢٨٩ (٤٦١٣)، وابن ماجه ٢/٧٣٧ (٢١٨٧)، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٤) انظر: المبسوط ١٣/١٥٣.

(٥) رواه أحمد ١١/٣٨١ (٦٧٦٩) وفي مواضع، والترمذي ٣/٤٨٦ (١١٨١)، وابن ماجه ١/٦٦٠ (٢٠٤٧) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

٣- ومما استدلوا به من المعقول: أنه باع ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح، كبيع السمك في الماء، والطير في الهواء[١].

٤- ولأن العبرة بتحقيق الشرط وقت العقد، فلا اعتبار بما بعده[٢].

وقد ناقش كل فريق أدلة الفريق الآخر، وأجابوا عن الاعتراضات الواردة على أدلتهم بما لا يتسع المقام لذكره هنا، والله تعالى أعلم[٣].

تطبيقات القاعدة[٤]:

١- إذا عقد النكاح لغيره بغير إذنه، فلما بلغه الخبر أجازه، فإن النكاح يلزم عند القائلين بوقف العقود؛ لأن إجازة المعقود له وإن كانت متأخرة عن العقد فإنها كالوكالة السابقة له[٥]، ولا ينعقد النكاح عند القائلين بعدم صحة تصرفات الفضولي، بل عليه أن يستأنف العقد.

٢- إذا باع شخص دارًا لقريبه من غير أمر منه ولا إذن، واستوفى عقد البيع أركانه، ثم علم صاحب الدار بذلك وأجاز البائع بعد أن انعقد البيع، فإن هذا البيع يكون لازمًا؛ لأن إجازة صاحب الدار وإن كانت متأخرة عن العقد فإنها كالتوكيل السابق[٦]، ولا ينعقد بيع الفضولي

---

(١) انظر: المجموع للنووي ٩/٢٥٠، المغني لابن قدامة ٤/١٤٥.

(٢) انظر: القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١/٢٦٤، نقلاً عن الإرشاد إلى معرفة الأحكام للشيخ السعدي (ضمن المجموعة الكاملة) ٢/٤٩٨.

(٣) انظر – بالإضافة إلى المصادر السابقة في المواضع المذكورة – التجريد للقدوري ٥/٢٥٩٠، نيل الأوطار للشوكاني ٦/٦.

(٤) التطبيقات المذكورة إنما هي على قول من قال بصحة تصرفات الفضولي، أما من قال ببطلان تصرفاته وعقوده فيكون قولهم بعكس ما قال هؤلاء في المسائل المذكورة، والله تعالى أعلم.

(٥) أصول الكرخي ص٨٣.

(٦) المصدر نفسه، وعنه نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص ١٤٧، ١٤٨.

عند من قال ببطلان تصرفاته، فإن أردا البيع وجب عليه عقد جديد[١].

٣- إن ظهر بعد البيع مستحق للبيع يدعي ملكيته، وأثبت دعواه بالبينة، فقضي له بالمبيع لا ينفسخ البيع السابق، بل يصبح موقوفًا على إجازة المستحق، فإن أجاز البيع بقي المبيع للمشتري ويأخذ المستحق الثمن من البائع، ويعتبر البائع عندئذ كوكيل عنه بالبيع؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة[٢].

٤- لو أجر الفضولي سيارة غيره – مثلاً - فأجاز المالك العقد قبل استيفاء المنفعة جازت، و كانت الأجرة للمالك[٣].

٥- من التقط لقطة، فعرفها مدة كافية للتعريف – وهي مقدرة بسنة كاملة عند بعضهم - فإذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف تصدق بها؛ لأنه التزم حفظها على مالكها وذلك باتصال عينها إليه إن وجده وإلا فباتصال ثوابها إليه، فإن جاء صاحبها فهو بالخيار إن شاء ضمنه؛ لأنه تصدق بماله بغير إذنه وذلك سبب موجب للضمان عليه، وإن شاء أنفذ الصدقة فيكون ثوابها له، وإجازته في الانتهاء بمنزلة إذنه في الابتداء[٤].

٦- إذا قال أحد الشريكين لرجل: أشركتك في هذه البضاعة، فأجاز شريكه، كانت البضاعة بينهم أثلاثًا؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء[٥].

---

(١) انظر: البناية للعيني ٧/٤٠٠.
(٢) انظر: عقد البيع للزرقا ص ١٢٨.
(٣) بدائع الصنائع ٤/١٧٧.
(٤) انظر: المبسوط ١١/٣.
(٥) المصدر نفسه ١١/١٧٠.

٧- لو وقف رجل أرض غيره فأجازه المالك جاز الوقف عند الحنفية ومن وافقهم، خلافًا للشافعية ومن وافقهم؛ بناءً على جواز تصرف الفضولي عند الحنفية، وبطلانه عند الشافعية[١].

٨- رجل وهب لرجل ثوبًا لغيره، وسلمه إليه، فأجاز رب الثوب، جازت الهبة؛ لأن الإجازة في الانتهاء بمنزلة الإذن في الابتداء من حيث إنه يتم رضا المالك بها[٢].

٩- إن حلف: لا يتزوج امرأة، فزوَّجه غيره بغير أمره، فأجازه بالقول، حنث؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء[٣].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: واقعات المفتين لنقيب زاده ١/ ٧٣.
(٢) المبسوط ١٢/ ٨٠.
(٣) المصدر نفسه ٩/ ٩.

رقم القاعدة: ٩٠٧

نص القاعدة: الْبَاطِلُ لا تَلْحَقُهُ الإِجَازَةَ[١].

ومعها :

١ - الإجازة لا تلحق العقود الباطلة.

٢ - الإجازة لا تلحق المعدوم.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- لا تصح إجازة الباطل[٢].

٢- الباطل لا يحتمل الجواز بالإجازة[٣].

٣- التصرف الباطل لا يقبل الإجازة[٤].

٤- إجازة ما كان باطلا يلغو[٥].

---

(١) شرح السير الكبير للسرخسي ٢٠٥٥/٥، رد المحتار لابن عابدين ٥٠٨/٤. ووردت في درر الحكام لعلي حيدر ٣٩٢/١، وشرح المجلة للأتاسي ٦٠٢/٤، وعقد البيع للزرقا ص ٣٢ بلفظ: "الإجازة لا تلحق الباطل".

(٢) قواعد الفقه للمجددي ص ١٠٥، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٨٤٨/٨.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٣٣٨/٧.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٦٧٧/٢، وفي المدخل الفقهي العام للزرقا ١٠٨٦/٢ بلفظ: "الباطل لا يقبل الإجازة".

(٥) شرح السير الكبير للسرخسي ٨٠٨/٢.

٥- الباطل لا يجاز[١].

٦- الإجازة إنما تلحق الموقوف، لا الباطل[٢].

٧- ما لا يصح ابتداء لا ينقلب صحيحا بالإجازة[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- المعدوم شرعا كالمعدوم حسا [٤]. (أصل للقاعدة).

٢- لا حكم للباطل [٥]. (أعم).

٣- ما كان باطلا فلا يجوز أن يصح في ثان [٦]. (أعم).

٤- الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة [٧]. (أصل مقيد بالقاعدة)

٥- الإجازة لا تلحق العقود الباطلة [٨]. (أخص).

٦- الإجازة لا تلحق المعدوم [٩]. (أخص)

٧- البيع الباطل لا تلحقه الإجازة [١٠]. (أخص).

---

(١) رد المحتار لابن عابدين ٣/١٠٦. ووردت في منح الجليل لمحمد عليش ٩/٥١٤، حاشية العدوي على الخرشي ٨/١٧١ بلفظ: "الباطل لا يجوز".

(٢) شرح السير الكبير للسرخسي ٥/٢٠٤٨. ووردت في درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤/٦١١ بلفظ: "الإجازة تلحق الحكم الموقوف، ولا تلحق الحكم الباطل".

(٣) كشاف القناع للبهوتي ٢/٢٦٢.

(٤) الفروق للقرافي ١/٢٠٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٥٩٤، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٦/٤٩٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) المحلى لابن حزم ٨/٣٦٢.

(٧) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٣١، تبيين الحقائق للزيلعي ٢/١٣٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) نيل الأوطار للشوكاني ٦/١٨٠.

(٩) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٧٧.

(١٠) غمز عيون البصائر للحموي ٢/٢٧٤.

شرح القاعدة:

تصرفات المكلفين التي تقع على وجه يخالف الشرع تكون باطلة[١] لا عبرة بها، فلا تفيد ملكا، ولا تنقل حقا، ولا تبيح منفعة، ولا يترتب عليها أثر من الآثار، ويكون وجودها كعدمها؛ كما هو مقرر في قاعدة: «لا حكم للباطل»[٢]، وما كان معدوما شرعا لا تلحقه الإجازة.

ومعنى القاعدة: أن التصرفات الصادرة من المكلفين من العبادات والعقود وغيرها التي حكم عليها الشارع بالبطلان، لوقوعها غير مستوفية لأركانها وشروطها، أو اشتمالها على أمر يبطلها، فإنها لا تنقلب صحيحة بالإجازة. سواء أكان ذلك في العبادات، كما لو اغتصب شاة إنسان فضحى بها عن نفسه لا تجزيه، وتكون أضحيته باطلة؛ لعدم الملك، فإذا أجازها صاحب الحق لم تنقلب صحيحة، أم كان ذلك في المعاملات، كالفضولي الذي قام بشراء الميتة والملاقيح والمضامين[٣] لغيره، أو رهن الخمر والخنزير عند مسلم، أو عقد لغيره على إحدى المحرمات عليه على التأبيد فإن تصرفه يقع باطلا، ولا يقبل الإجازة؛ لأن الباطل في حكم العدم.

وهذه القاعدة محل اتفاق بين الفقهاء القائلين بصحة وقف التصرفات والعقود على الإجازة، وأما من لا يقول بصحة العقد الموقوف - وهم الشافعية

---

(١) من الجدير بالذكر أن الحنفية مع تفريقهم بين الفاسد والباطل في المعاملات فإنهم يوافقون الجمهور في أن الفاسد لا يجوز بالإجازة، ولا يرتفع الفساد به إلا في الإكراه، وذلك إذا أجاز المكرَه العقد بعد زوال الإكراه فإنه يصح، لزوال المفسد.

(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المضامين: ما تضمنته أصلاب الفحول من الماء، والملاقيح: ما في بطون الحوامل من الأجنة. انظر: النهاية لابن الأثير ١٠٢/٣، المجموع للنووي ٣٩٥/٩، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٠/٢، المغني لابن قدامة ١٤٦/٤.

والحنابلة في المعتمد والظاهرية - فالإجازة باطلة عندهم أيضًا تبعًا لبطلان الأصل، والخلاف في بعض فروعها إنما هو من باب تحقيق المناط، فقد يكون التصرف باطلاً عند بعض الفقهاء دون بعض، فمن أبطله أبطل إجازته، والعكس صحيح؛ كما في الوصية للوارث، فهي صحيحة في نفسها عند الجمهور، وليست باطلة، بل تقف على إجازة الورثة؛ لأن المنع فيها لحقهم[1]. بخلاف الظاهرية فلا تصح الوصية للوارث عندهم، ولو أجازها الورثة؛ لأن الله منع من ذلك، فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطل الله على لسان رسوله، لكن لهم ابتداء الهبة من مالهم باختيارهم[2].

أدلة القاعدة:

١- قاعدة: «لا حكم للباطل»[3] وأدلتها؛ لأن إجازة التصرف له حكم إنشائه؛ فكما أن إنشاء التصرف الباطل لا يفيد حكما، فكذلك إجازة التصرف الباطل.

٢- لأن التصرف الباطل معدوم شرعا؛ و «المعدوم شرعًا كالمعدوم حسا»[4]، غير قابل لإنتاج أي أثر، فلا يتصور أن تلحقه الإجازة.

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١/٢٣٥، المبسوط للسرخسي ١٧٥/٢٧، بدائع الصنائع للكاساني ٣٣٨/٧، التاج والإكليل للمواق ٨/٥٢٠-٥٢١، الأم للإمام الشافعي ١١٤/٤- ١١٥، المغني لابن قدامة ٥٨/٦.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٣٥٦/٨. ومن الفقهاء الآخرين من اعتبر إجازة الورثة ابتداء عطية، وهو يوافق قول ابن حزم. انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٩٦، التاج والإكليل للمواق ٨/٥٢٠-٥٢١.

(٣) مجمع الأنهر لشيخي زاده ٥٩٤/٢، الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار ٤٩٣/٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الفروق للقرافي ٢٠٤/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

تطبيقات القاعدة :

أولاً : تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- من وجبت عليه الزكاة في ماله من سائمة الأغنام، فأخرج زكاته من شياه كان غصبها، لم يجزئه ولو أجازها ربه؛ لأن ما لا يصح ابتداء لا ينقلب صحيحا بالإجازة[١].

٢- من حج بمال مغصوب فحجه باطل، وإن أجازه صاحب المال[٢].

٣- لا يجوز للمرأة أن تنكح بغير إذن وليها، فإذا تزوجت كان نكاحها باطلا، ولا يجوز بإجازة الولي[٣]؛ لأن الباطل لا تلحقه الإجازة.

٤- لو اتفق الخصمان على أن يحكّما بينهما شخصا كافرا ليحكم بينهما في الأموال المتنازع عليها لم يجز ذلك، ويكون حكمه باطلا[٤]، ولا يجوز للقاضي إمضاؤه.

٥- لو قضى قاض بثبوت حل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول بمجرد النكاح دون الوطء كان حكمه باطلا؛ لمخالفته لحديث عائشة رضي الله

---

(١) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٢/٢٦٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ٢/١٢٦، ١٢٧.

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي ٦/٢٠٥.

(٣) انظر: الأم للشافعي ٥/٨٨، المغني لابن قدامة ٧/٢٣. وهذا على مذهب الجمهور الذين قالوا ببطلان عقد النكاح بدون إذن الولي، أما من قال بعدم اشتراط الإذن -كالحنفية في المشهور من المذهب- فالنكاح عندهم صحيح من أصله، ومن قال بأن العقد إذا وقع بغير بولي يبقى موقوفا على إذنه - كمحمد بن الحسن من الحنفية والقاسم بن محمد وغيرهما - فالعقد يصح عندهم بالإذن اللاحق، لأن" الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة". انظر: الهداية للمرغيناني مع فتح القدير لابن الهمام ٣/٢٥٦-٢٥٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٢/١١٧، الجوهرة النيرة للحدادي ٢/٦، المغني لابن قدامة ٧/٥-٦.

(٤) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٧/٣١٧، المنتقى شرح الموطأ للقاضي أبي الوليد الباجي ٥/٢٢٨، التاج والإكليل للمواق ٨/١٠٠، شرح الخرشي على خليل ٧/١٤٥.

عنها: أن رفاعة القرظي تزوج امرأة ثم طلقها، فتزوجت آخر، فأتت النبي ﷺ فذكرت له أنه لا يأتيها، فقال: «لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[١]، وإذا رفع الأمر إلى قاض آخر فليس له أن يجيزه[٢]؛ لأن الباطل لا تلحقه الإجازة.

٦- لو أوصى مسلم لحربي فالوصية باطلة، فإن أجازها الورثة بعد ما أسلم وخرج الحربي الموصى له إلى دار الإسلام، وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء؛ لأن الوصية خرجت باطلة، والباطل لا تلحقه الإجازة[٣].

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد فقهية:

التطبيق الأول من القواعد:

٩٠٨ - الإِجَازَةُ لا تَلْحَقُ الْعُقُودَ الْبَاطِلَةَ[٤].

ومن صيغها:

١- العقد بعد ما بطل لا يحتمل الإجازة[٥].

٢- العقد الفاسد لا تصح إجازته[٦].

---

(١) رواه البخاري ١٦٨/٣ (٢٦٣٩)، ومسلم ١٠٥٥/٢-١٠٥٦ (١٤٣٣)/(١١١) عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) انظر: الدرر شرح الغرر للملا خسرو ٤٠٨/٢.

(٣) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ٢٠٤٨/٥، الفتاوى الهندية ٩٢/٦.

(٤) نيل الأوطار للشوكاني ١٨٠/٦.

(٥) بدائع الصنائع ٢٧١/٥.

(٦) تفسير القرطبي ١٤١/٥.

٣- العقد الباطل لا يقبل الإجازة[١].

٤- الإجازة تلحق بالعقود الموقوفة، ولا تلحق بالعقود الباطلة[٢].

شرح القاعدة :

معنى القاعدة : أن العقد إذا بطل لخلل في ركن من أركانه أو شرط من شروطه، سواء أكان ذلك في أحد العاقدين أم في محل العقد أم في صيغته؛ فإنه لا ينقلب صحيحا بالإجازة، كما لو بطل العقد لصدوره من عديم الأهلية بسبب الصغر أو الجنون أو لعدم قابلية المحل المعقود عليه للتصرف؛ كبيع المعدوم والمحرم، وكالزواج بالمحارم، ونحو ذلك فإنه لا يصح بالإجازة.

أما إذا انعقد العقد صحيحًا في أصله، مستوفيًا لشرائط انعقاده الأساسية، لكنه توقف لتعلق حق غير العاقدين به، فبإجازة صاحب الحق يكون نافذا عند من أجاز وقف العقود، وهو ما تعبر عنه الصيغة الأخرى للقاعدة: «الإجازة تلحق بالعقود الموقوفة، ولا تلحق بالعقود الباطلة».

وعدم اعتبار إجازة العقد الباطل لا يمنع من تجديده وإنشائه بصورة صحيحة معتبرة شرعا إذا أراد المتعاقدان ذلك. والفرق بين تجديد العقد وإجازته هو أن تجديد العقد يتوقف على التراضي من الطرفين، بخلاف الإجازة فإنها إرادة منفردة تختص بالمجيز الذي له الحق في التقرير والرفض، والعقد المجدد إنما يبدأ أثره من تاريخ تجديده وإنشائه، أما الإجازة إذا صحت فتستند بأثر رجعي إلى وقت إنشاء العقد المجاز[٣].

---

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا ٧٢٢/٢. ووردت في مصادر الحق للسنهوري١١٧/٤ بلفظ: "العقد الباطل لا تلحقه الإجازة ".

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٥١/٢.

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٧٢٣/٢، مصادر الحق للسنهوري ١١٨/٤.

والقاعدة محل اتفاق بين الفقهاء كأصلها، ولا فرق في ذلك بين العقد الفاسد والباطل، لا في التسمية، ولا في الأثر عند الجمهور، خلافا للحنفية؛ فهم يوافقون الجمهور في عدم تصحيح الباطل بالإجازة، إلا إنهم يفرقون بين الخلل إذا كان في أصل العقد وأحد أركانه فيكون باطلا، وبينه إذا كان في وصف من أوصافه فيكون فاسدا، فالباطل عند الحنفية معدوم شرعا أصلا ووصفا، أما الفاسد فهو فائت الوصف، دون الأصل، فلم يكن معدوما بأصله، ولذلك يرتفع فساده بالإجازة إذا كان الفساد لحق العبد؛ وذلك في عقود المكرَه، فإذا أُكره شخص على البيع كان البيع فاسدا؛ لانعدام الرضا، لكن إذا أجازه المكرَه بعد زوال الإكراه صح البيع؛ لزوال المعنى المفسد[1]. أما في غير ذلك فإن «الفاسد لا يجوز بالإجازة، ولا يرتفع الفساد به»[2]؛ لأن «المفسد فيه باق»[3].

وقد تفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد وضوابط منها: «ما لا يكون محلا لإنشاء العقد عليه لا يكون محلا لإجازة العقد فيه»[4]؛ إذ هي تتحدث عن صورة من صور بطلان العقد، وذلك بسبب عدم قابلية المحل لورود العقد عليه شرعا، و«البيع الباطل لا تلحقه الإجازة»[5]، فهو ضابط يختص بالبيع دون غيره من العقود.

---

(١) انظر: المبسوط ٩٣/٢٤، بدائع الصنائع ١٨٦/٧، غمز عيون البصائر للحموي ٢٧٤/٢، رد المحتار لابن عابدين ٥٠٨/٤.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ١٨٢/٥.

(٣) العناية شرح الهداية للبابرتي ٢٣٦/٩.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٨٠/٦.

(٥) غمز عيون البصائر للحموي ٢٧٤/٢.

ومن تطبيقاتها :

١- إذا وهب المجنون أو الصغير شيئًا من ماله كانت الهبة باطلة؛ لأن الأهلية شرط جواز التصرف وانعقاده، فإذا عقل المجنون أو بلغ الصغير فأجازا العقد لا يجوز؛ لأن العقد الباطل لا يقبل الإجازة[(١)].

٢- إذا اشترى فضولي خمرًا أو خنزيرًا لمسلم فإن هذا العقد باطل؛ لأن الخمر والخنزير ليسا بمال للمسلم، فلو أجاز صاحبه هذا العقد فإنه لا يجوز؛ لأنّه وقع في الأصل باطلا؛ والإجازة لا تصحح العقد الباطل[(٢)].

٣- من كان تحته أربع نسوة فزوجه الفضولي خامسة فإن العقد يقع باطلا ولا يتوقف على إجازة أحد، حتى لو زال المانع بأن ماتت امرأته وأجاز العقد لا يجوز؛ لأن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة[(٣)].

٤- من أوصى بأكثر من ثلث ماله، لم يجز من وصيته إلا مقدار ثلث ما كان له حين الوصية؛ لأن ما زاد على ذلك باطل، وليس للورثة إجازته بهذا الاعتبار عند ابن حزم[(٤)]؛ لأن ما كان باطلا فلا يصح بالإجازة[(٥)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٧١/٧، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٥١/٢، التاج المذهب للعنسي ٣٠٧/٢، إلا أن الزيدية يصححون تصرفات الصبي المميز بالإجازة بخلاف الحنفية، فإن التصرفات الضارة التي لا نفع فيها للصبي لا تصح من الصبي المميز أيضًا عندهم، ولا تلحقه الإجازة.

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٨٤٨/٨.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣٣/٢، الفتاوى الهندية ٣٠١/١.

(٤) نعم لهم أن يجيزوا الزائد على الثلث من باب أنه عطية مبتدأة منهم، وليس إقرارا لما فعله المورث.

(٥) انظر: المحلى لابن حزم ٣٦٢/٨.

٥- بيع الجنين في بطن أمه باطل؛ لما فيه من الغرر[١]، فإذا باع فضولي جنينًا في بطن بقرة ليست له فالعقد باطل من أصله، حتى لو أجاز العقد صاحبُ البقرة بعد علمه بالبيع لا يصح؛ لأن العقد الباطل لا تلحقه الإجازة.

التطبيق الثاني من القواعد :

٩٠٩- الإِجَازَةُ لا تَلْحَقُ المَعْدُوم[٢].

ومن صيغها :

الإجازة تلحق الموجود، لا المعدوم[٣].

شرح القاعدة :

المراد بالمعدوم هو غير الموجود حسًّا، سواء أكان معدوما من أصله، أم هلك بعد وجوده.

ومعنى القاعدة: أن الإجازة لا ترد على شيء لا وجود له في الواقع، ولا تعتبر إلا إذا كان محل التصرف موجودا قائما عند إجازة مَن بيده الإجازة، أما إذا كان معدوما فلا تصح إجازته، ولا يعتد بها؛ لأن «الإجازة بمنزلة الإنشاء»[٤]، «فما لا يكون محلا لإنشاء العقد عليه لا يكون محلا لإجازة العقد فيه»[٥]، ومن ذلك أن «المعدوم ليس بمحل للعقد»[٦]، فإذا ورد العقد على

(١) انظر: تهذيب المدونة لخلف البراذعي ٢/٥٩٨، كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن المالكي ٢/١٦٩، المجموع للنووي ٩/٣٩١.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٧٧.
(٣) بدائع الصنائع ٥/١٧٧.
(٤) الفتاوى الهندية ١/٣٣٦.
(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٨٠.
(٦) المبسوط للسرخسي ١٥/٧٤.

شيء معدوم؛ كبيع الثمرة قبل أن تخلق، وبيع حبل الحبلة - وهو بيع نتاج النتاج - ونحو ذلك كان باطلا، غير قابل للإجازة، وكذلك ما وجد ثم انعدم بالهلاك أو الاستهلاك فلا تلحقه الإجازة بعد ذلك؛ كما إذا باع الرجل مال غيره بدون إذنه فإن البيع يتوقف على إجازة المالك، فإذا هلك المبيع قبل الإجازة لم تصح؛ وذلك لأن الإجازة بمنزلة ابتداء التمليك؛ و«الملك في بيع الفضولي إنما يثبت للمشتري بعد إجازة المالك بيعه، فلا بد من قيام المحل لئلا يلزم تمليك العين المعدومة»[١]، و«تمليك المعدوم لا يصح»[٢].

والقاعدة لم نقف عليها بلفظها إلا عند الحنفية، إلا أن مفهومها محل اتفاق بين عامة الفقهاء من حيث الجملة في حالة ورود العقد على المعدوم، وذلك لأن «العقد على المعدوم باطل»، والباطل لا تلحقه الإجازة، وأما ما هلك أو استُهلك بعد أن كان موجودا ففي إجازته خلاف بين الفقهاء القائلين بوقف العقود محل تفصيله قاعدة: «الإجازة لا تلحق الإتلاف»[٣].

وقد استثنى الحنفية من ذلك مسألتين؛ نص عليها ابن نجيم بقوله: «لا تصح الإجازة بعد هلاك العين إلا في اللقطة وفي إجازة الغرماء»[٤].

ومن تطبيقاتها :

١- إذا أجر الفضولي شيئًا لغيره فأجاز المالك العقد قبل استيفاء المنفعة جازت؛ لأن المعقود عليه لم يفت، وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته؛ لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت، وخرجت عن

(١) العناية شرح الهداية للبابرتي ٦/١٢٤. بتصرف يسير.
(٢) الفروق للكرابيسي ٢/٣١٤.
(٣) الأشباه لابن نجيم مع غمزعيون البصائر للحموي ٣/٢٠٩، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٤٦٣.
(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٨.

احتمال إنشاء العقد عليها فلا تلحقها الإجازة[١].

٢- إذا باع شخص ملك غيره بدون إذنه، وهلك المبيع قبل الإجازة، ثم أجازه المالك لم يجز؛ لأن المبيع بالهلاك صار معدوما لا يجوز ابتداء العقد عليه، فلا تلحقه الإجازة[٢].

٣- إذا أذن رب المال للمضارب بالشراء خاصة في مضاربة فاسدة، فليس له أن يبيع ما اشترى إلا بأمر رب المال فإن باع منه شيئًا لا ينفذ بيعه من غير إجازة رب المال، فإن أجاز رب المال البيع، والمتاع قائم بعينه نفذ البيع، والثمن لرب المال، وإن علم هلاكه عند الإجازة فإجازته باطلة، ويكون المضارب ضامنا للقيمة يوم باعه[٣]؛ وذلك لأن الإجازة لا تلحق المعدوم.

٤- إذا اتفقا سرًّا على أن يقرا بوجود بيع لم يكن؛ لأمر ألجأهما إليه، فأقرا بذلك، فالبيع باطل، ولا يجوز بإجازتهما، لأن الإقرار إخبار، وصحة الإخبار هي بثبوت المخبر به حال وجود الإخبار، فإن كان ثابتا كان الإخبار صدقا، وإلا فيكون كذبا، والمخبر به ها هنا - وهو البيع - ليس بثابت، فلا يحتمل الإجازة، لأنها تلحق الموجود، لا المعدوم[٤].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٧٧/٤، المحيط البرهاني لابن مازة البخاري ٤٥٦/٧-٤٥٧، الفتاوى الهندية ٤١١/٤.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٦٨/٣، الفروق للكرابيسي ٦٧/٢، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٤٦٢.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٦/٢٢، بدائع الصنائع ٨٠/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٧٧/٥، الفتاوى الهندية ٢١٠/٣.

رقم القاعدة: ٩١٠

نص القاعدة: للإجَازَةِ حُكْمُ الإنْشَاءِ[١].

ومعها :

١- من يملك إنشاء العقد يملك إجازته.

٢- ما لا يكون محلا لإنشاء العقد عليه لا يكون محلا لإجازة العقد فيه.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الإجازة في حكم الإنشاء[٢].

٢- للإجازة حكم إنشاء العقد في حق الحكم[٣].

٣- الإجازة لها حكم الإنشاء[٤].

٤- الإجازة بمنزلة الإنشاء[٥].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٦٤/٥، شرح فتح القدير لابن الهمام ٥٤/٧، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٠٣/٤.

(٢) بدائع الصنائع ١٨٧/٧.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ١١٢/٣، وفي لفظ: "الإجازة إذا لحقت العقد الموقوف كان لحالة الإجازة حكم الإنشاء" كما في التحرير للحصيري ٣٦٠/٢ نقلاً عن القواعد الفقهية للندوي ص ١٤٩.

(٤) بدائع الصنائع ١٥٠/٥، ١٥١.

(٥) بدائع الصنائع ٢٤٣/٢، الفتاوى الهندية ٣٣٦/١.

٥- الإجازة في نفوذ العقد وثبوت حكمه بمنزلة الإنشاء[١].

٦- إجازة العقد الموقوف إنما تجوز في حال يجوز ابتداء العقد فيه[٢].

٧- للإجازة أسوة بالإنشاء[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- الطارئ على العقد الموقوف يجعل كالمقارن للعقد[٤]. (أعم من القاعدة).

٢- الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة[٥]. (فرع عن القاعدة).

٣- من يملك إنشاء العقد يملك إجازته[٦]. (فرع عن القاعدة).

٤- ما لا يكون محلا لإنشاء العقد عليه لا يكون محلا لإجازة العقد فيه[٧]. (فرع عن القاعدة).

٥- الباطل لا تلحقه الإجازة[٨]. (قيد للقاعدة).

٦- الإجازة لا تلحق المفسوخ[٩]. (قيد للقاعدة).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٨/١٢٣.
(٢) المبسوط للسرخسي ٢٥/١١٧.
(٣) انظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لعبد العلي الأنصاري اللكنوي ١/٣٩٢.
(٤) التحرير شرح الجامع الكبير للحصيري ٢/٣٦٠، ٤/٩٠٧، وانظر قاعدة: "الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود يجعل بمنزلة المقترن بالعقد"، في قسم القواعد الفقهية.
(٥) أحكام القرآن للجصاص ٣/٣٩٤، بدائع الصنائع ٢/٣٦٨، ٤/٢٧١، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي ص ٤٦٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٦) المبسوط للسرخسي ١٩/٤، ويأتي الكلام عليها في فقرة التطبيقات.
(٧) بدائع الصنائع ٦/٨٠، ويأتي الكلام عليها في فقرة التطبيقات.
(٨) رد المحتار لابن عابدين ٤/٥٠٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٩) العناية على الهداية للبابرتي ٦/٣٢٢.

٧- الأصل أن كل عقد له مجيز حال وقوعه توقف للإجازة وإلا فلا[١]. (قيد للقاعدة).

٨- الإجازة لا تلحق الإتلاف[٢]. (مكملة للقاعدة).

٩- العقد الموقوف إذا اتصلت به الإجازة تستند الإجازة إلى وقت العقد[٣]. (مكملة للقاعدة).

شرح القاعدة :

القاعدة إحدى القواعد المتعلقة بالعقد الموقوف، وهو ما يفيد الملك على سبيل التوقف، ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير به[٤]، كما لو باع شخص شيئًا يملكه غيرُه بدون إذنه، فإن ذلك العقد يعتبر موقوفا، ويقع صحيحا نافذا إذا أجازه مالك الشيء بعد علمه بالبيع في قول الحنفية، والمالكية، والإمامية، والزيدية، والإباضية، وهو أحد قولي أحمد وقول الشافعي في القديم[٥] وهو باطل عند الشافعية في الصحيح من مذهبهم، وهو القول الثاني لأحمد، وإليه ذهبت الظاهرية[٦].

والإجازة في اللغة الإنفاذ والتسويغ والإمضاء، يقال: جَازَ العقدُ وغيره

(١) أصول الإمام الكرخي ص ١١٥.

(٢) مجمع الأنهر لشيخي زاده ٤٦٣/٢، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٥٦٣/٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) بدائع الصنائع ٣٧٦/٢. و انظر أيضًا أصول الإمام الكرخي ص ١١٥.

(٤) انظر: الكليات للكفوي ص٢٤١.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٢٠٨/٤، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٥، المجموع للنووي ٢٨١/٩، المبدع لابن مفلح ١٨٧/٥، شرح النيل لأطفيش ٢٣٠/٨، الروضة البهية للعاملي ٦٨٠/٤، التاج المذهب للعنسي ٥٤/٢.

(٦) انظر: المصادر السابقة والمحلى لابن حزم ٢٤٦/٨.

نفذ ومضى على الصحة، وأَجَزْتُ العقدَ: جعلته جائزا نافذا[١].

ولا يخرج استعمال الفقهاء للإجازة عن هذا المعنى اللّغويّ، وهي بخلاف (الإذن) إذ الإذن الترخيص في الفعل قبل وقوعه، أما الإجازة فهي إقرار للفعل بعد وقوعه[٢].

والقاعدة بصيغها المتنوعة تعني أن إجازة العقد الموقوف - على القول بصحته ووقفه على تلك الإجازة، وهو قول الجمهور كما سبق بيانه - يُشترط لها من الشروط ما يشترط لإنشاء العقد ابتداء، فما كان من شرط في إنشاء عقد ما فإنه يكون مشترطا أيضًا في إجازته إذا عُقد موقوفا واحتاج إلى إجازة ليصح وتثبت له أحكامه، فإذا كان من شروط صحة البيع وجود المبيع الذي يعقد عليه عند إبرام العقد وألا يكون مستهلَكا قبل العقد عليه، فإن عقد البيع إذا قام به فضولي واحتاج إلى إجازةٍ من مالك العين المبيعة حتى يصح، فإنه يشترط لصحة هذه الإجازة أن يكون المبيع موجودا حال تلك الإجازة وألا يكون مستهلَكا ساعتها، وكما أن العقد لا يصح ولا ينفذ من مجنون ولا صبي ولا محجور عليه، فإن إجازة العقود الموقوفة لا تكون صحيحة من أحدهم، وهكذا في كل شرط من الشروط الواجب توافرها في إنشاء العقد ابتداء، وقد أبانت عن هذا المعنى بصورة جلية صيغة من صيغ القاعدة الأخرى فنصت على أن «إجازة العقد الموقوف إنما تجوز في حال يجوز ابتداء العقد فيه».

ومما يدخل أيضًا في قولهم: «للإجازة حكم الإنشاء» أن الإجازة في العقود الموقوفة يثبت بها العقد ويصح وتترتب عليه آثاره كما أن ذلك يحصل بإنشاء العقود غير الموقوفة على إجازة من أحد، وقد عبرت بعض صيغ القاعدة

---

(١) المصباح المنير للفيومي، مادة (ج و ز).

(٢) انظر: المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم ص ٧٧.

عن هذا المعنى فنصت على أن «الإجازة في نفوذ العقد وثبوت حكمه بمنزلة الإنشاء» وهذا المعنى يتوافق مع القاعدة الشهيرة: «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» التي تعدّ فرعًا من فروع القاعدة.

وبالتقرير السابق لمعنى القاعدة يتضح شمول القاعدة لكثير من القواعد التي جاءت تنص على بعض ما دلت عليه، كما في قاعدة: «من يملك إنشاء العقد يملك إجازته» وقاعدة: «الإجازة لا تلحق الباطل» وقاعدة: «ما ليس بمحل لإنشاء العقد ليس محلا للإجازة والنفاذ» وغيرها من القواعد.

والخلاف في حكم العقد الموقوف الذي هو بساط القاعدة يتعلق بحالة غياب صاحب الحق، أما إذا كان حاضرا وسكت على تصرف الفضولي فإن العقد لا يصح عند عامة الفقهاء؛ لأن «كل تصرف يفتقر إلى إذن يجب ألا يقوم السكوت مقام الإذن فيه»[١] خلافًا لابن أبي ليلى، رحمه الله تعالى، الذي يرى السكوت إقرارًا في مثل هذا[٢].

والقول بصحة العقد الموقوف وتوقف نفاذه على إجازة صاحب الحق مقيد بشرطين:

الأول: أن يكون العقد صحيحًا، فالعقد الباطل وكذا المفسوخ لا تلحقه الإجازة، كما تنص على ذلك بعض القواعد.

والثاني: أن يكون للعقد مُجِيزٌ حالَ وقوعه، والمجيز هو من توافرت فيه شروط الأهلية لأن يوكل غيره، فإن لم يكن له مجيز فلا يصح؛ لأن فائدة

---

(١) التجريد للقدوري ٣٥٤٢/٧.

(٢) انظر: المهذب للشيرازي ٢١٣/١، المبدع لابن مفلح ١٧/٤.

التوقف: النفاذ عند الإجازة[١]. يضاف إلى ذلك أن الفضول لا يكون إلا في حدود التصرف القولي، أما إذا أعقب التصرف القولي بطريق الفضول تنفيذ فعلي، كما لو باع شخص ملك غيره وسلمه إلى المشتري، فإنه عندئذ يصبح غاصبا، ويأخذ عمله حكم الغصب[٢].

والإجازة إذا وجدت يكون لها «استناد وانعطاف، أي: تأثير رجعي، فبعد الإجازة يستفيد العاقد من ثمرات العقد منذ انعقاده؛ لأن الإجازة لم تنشئ العقد إنشاء، بل أنفذته إنفاذا، أي فتحت الطريق لآثاره الممنوعة المتوقفة لكي تمر وتسري، فتلحق تلك الآثار بالعقد المولد لها اعتبارا من تاريخ انعقاده لا من تاريخ الإجازة»[٣].

وتتحقق الإجازة بكل ما يفيد الرضا صراحة أو دلالة من قول أو فعل، فتكون باللفظ وما يقوم مقامه كالكتابة أو الإشارة ممن لا يستطيع النطق وسواء أكانت بالعربية أو بأية لغة من اللغات من كل عبارة تدل على الإنفاذ والرضا كأجزت ونحوه، وهي إما صريحة إذا دلت على ذلك صراحة كأجزت وأنفذت، أو غير صريحة إذا ما دلت على ذلك بطريق اللزوم والإشارة كأن يقول: نعم ما صنعت، أو بارك الله لنا فيما فعلت، أو يهنأ فيشكر أو يتقبل التهنئة، وتكون بالفعل إذا ما كان أثرًا للعقد وتوقفت سلامته عليه كقبض المهر ودفعه وإرساله وقبض الثمن ودفعه وتسلم المبيع وتسليم العين المرهونة إلى المرتهن وتسليم الهبة إلى الموهوب له ونحو ذلك من كل ما يدل على الرضا[٤].

---

(١) انظر: القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي ص ٣١٢، ٣١٣، موسوعة القواعد والفقهية للبورنو ٣٦٥/٧.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٥٠٣/١.

(٣) المدخل الفقهي العام ٥٠٦/١.

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي، نشر المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، والموسوعة الفقهية الكويتية، مادة (إجازة).

ومجال القاعدة هو العقود الشرعية، وهي متمشية مع قول من يقول بصحة العقود الموقوفة بإجازة المالك للعين المعقود عليها، وهم الحنفية، والمالكية، والإمامية، والزيدية، والإباضية، أما الشافعية والحنابلة والظاهرية فلا يقولون بها تبعا لعدم قولهم بصحة العقود الموقوفة.

أدلة القاعدة:

القاعدة مركبة من معنيين؛ الأول صحة العقد الموقوف إذا أجازه مالك العين المعقود عليها، والثاني أن ما يشترط في إنشاء ذلك العقد من شروط هو مشترط أيضًا في إجازته، والمعنى الثاني مبني على المعنى الأول كما هو واضح، ومن ثم فإن المخالفين للمعنى الأول لا يقولون بالثاني ولا بد.

فمن الأدلة على المعنى الأول:

١ - حديث عروة البارقي - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه[١]. ففي الحديث أن النبي ﷺ أجاز بيعه، مع أنه لم يأمره بشراء الشاة الثانية وبيعها، ولو لم يكن البيع يصح موقوفًا على إجازته لأمره بالاسترداد.

٢ - ما جاء في حديث الثلاثة أصحاب الغار الذين سدت صخرةٌ عليهم الغارَ، فدعا كل واحد منهم بأفضل عمل عمله، فقال أحدهم: «اللهم إن كنت تعلم أني استأجرت أجيرًا بفَرَق من ذرة فأعطيته فأبى أن يأخذه فعمدت إلى ذلك الفرق فزرعته حتى اشتريت منه بقرا وراعيها ثم جاء فقال: يا عبد الله أعطني حقي، فقلت: انطلق إلى تلك البقر وراعيها فإنها لك، فقال: أتستهزئ بي؟ قال:

(١) رواه البخاري في صحيحه ٢٠٧/٤ (٣٦٤٢).

فقلت: ما أستهزئ بك ولكنها لك. اللهم إن كنت تعلم أني فعلت ذلك ابتغاء وجهك فافرج عنا. فكشف عنهم»[١].

ووجه الدلالة من الحديث: أن الرجل تصرف في مال الأجير بما فيه مصلحته، بغير إذنه، وأقره النبي ﷺ، على ذلك، إذ ساق خبره مساق المدح والثناء عليه، وقد ترجم عليه البخاري باب «إذا اشترى شيئًا لغيره بغير إذنه فرضي» قال الحافظ ابن حجر: «هذه الترجمة معقودة لبيع الفضولي وقد مال البخاري فيها إلى الجواز»[٢].

ومن الأدلة على المعنى الثاني:

١- قاعدة التابع تابع، وأدلتها؛ إذ إجازة العقد تابعة لإنشائه، فما كان من شرط في المتبوع يكون شرطا في التابع.

٢- أن في الإجازة نفس معنى العقد فاشترط فيها ما اشترط فيه؛ لأن العقد إنما اشترطت فيه الشروط المختلفة من أجل آثاره المترتبة عليه، وهذه الآثار لا تقع إلا بالإجازة، فكان من المناسب أن تكون شروط العقد منسحبة عليها.

أما الشافعية والحنابلة والظاهرية فإنهم استدلوا على عدم صحة العقد الموقوف بعدة أدلة، من أهمها:

١- حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه مرفوعًا: «لا تبع ما ليس عندك»[٣]، وبيع الفضولي يدخل في النهي الوارد في هذا الحديث، وغير البيع من العقود يأخذ حكم البيع في ذلك.

---

(١) رواه البخاري ٣/ ٨٠ (٢٢١٥) وفي مواضع، ومسلم ٤/ ٢٠٩٩-٢١٠٠ (٢٧٣٤) من حديث عبدالله ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٤/ ٤٠٩.

(٣) رواه أحمد٢٤/ ٣١ (١٥٣١٥)، وأبو داود٤/ ١٨١-١٨٢(٣٤٩٧)، والترمذي٣/ ٥٣٤-٥٣٧ (١٢٣٢) (١٢٣٣)، والنسائي٧/ ٢٨٩(٤٦١٣)، وابن ماجه ٢/ ٧٣٧ (٢١٨٧)، وقال الترمذي: حديث حسن.

٢ – من المعقول: أنه باع ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح، كبيع السمك في الماء، والطير في الهواء[١].

تطبيقات القاعدة :

أولاً : تطبيقات هي أحكام جزئية :

١- إذا هلك البائع والفضولي أو أحدهما قبل أن يجيز صاحبُ السلعة البيعَ الذي عَقَدَاه لم تفد إجازته صحة العقد ؛ لأن للإجازة حكم إنشاء العقد، وهو لا يتم مع هلاك أحد العاقدين قبل تمامه[٢].

٢- لو زوّج امرأةً وليان كل منهما زوجها رجلا غير الآخر، فبلغها ذلك، فإن أجازت أحد العقدين جاز الذي أجازته وبطل الآخر، وإن أجازتهما بطلا جميعًا؛ لأن الإجازة منها بمنزلة الإنشاء فكأنها تزوجت بزوجين وذلك باطل[٣].

٣- إذا اتفق طرفان على الإخبار بعقد بيع أو إجارة أو نكاح أو نحو ذلك أنه كان قد تم بينهما، ولم يكن الأمر كذلك، ثم قال كل واحد للآخر: قد أجزتُ ذلك العقد – لم ينعقد بذلك هذا العقد؛ لأن الإجازة إنما تلحق العقد المنعقد، وبالإقرار كاذبا لا ينعقد العقد فلا تلحقه الإجازة[٤].

٤- إذا باع المجنون، أو وهب الصغير شيئًا من ماله، ثم عقل المجنون أو بلغ الصغير، فأجازا العقد لا يجوز؛ لأنه صدر باطلا، فلا يقبل

(١) انظر: المجموع للنووي ٩/ ٢٥٠، المغني لابن قدامة ٤/ ١٤٥.
(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ١٥١، التاج المذهب للعنسي ٢/ ٣٥٠.
(٣) بدائع الصنائع ٢/ ٢٤٣، وانظر: شرح النيل لأطفيش ٦/ ١٣١.
(٤) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٤/ ٥١٢.

الإجازة[١]، وللإجازة حكم الإنشاء.

٥- لو تبرع من مال الصغير وليُّه، أو وصيُّه، أو باعا شيئًا من ماله بغبن فاحش، ثم بلغ الصبي فأجازه وأمضاه، فإنه لا يمضي؛ لأنه صدر من أصله باطلا[٢] وللإجازة حكم الإنشاء.

٦- لو باع فضولي، أو اشترى كان عقده موقوفًا على الإجازة، فلو رفض ذلك الغير عندما بلغه، ثم عاد فأجازه لا يعود منعقدًا؛ لأنه قد بطل بالرفض السابق، فلم يعد يقبل الإجازة[٣].

ثانيًا: تطبيقات هي قواعد فقهية:

التطبيق الأول من القواعد:

٩١١- مَن يَمْلِكْ إِنْشَاءَ العَقْدِ يَمْلِكْ إِجَازَتَهُ[٤].

ومن صيغها:

١- من يملك الابتداء يملك الإمضاء[٥].

٢- من ملك ابتداء العقد ملك الإجازة[٦].

٣- من ملك الإنشاء فأولى أن يملك الإجازة[٧].

---

(١) القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية للندوي ١/٣٢٤.

(٢) القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية ١/٣٢٤.

(٣) القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية ١/٣٢٤.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٩/٤.

(٥) انظر: البحر الرائق لابن نجيم٧/١٦٨، درر الحكام لعلي حيدر٣/٦٢٧، المغني لابن قدامة٧/٣٦٦.

(٦) انظر: الفروق للكرابيسي ١/١٣٩.

(٧) بدائع الصنائع ٥/١٤٩.

٤- لا بد من الحكم بصحة الإجازة إذا حصلت الإجازة ممن يملك الإنشاء[١].

٥- ملك الإجازة يستفاد من ملك الإنشاء[٢].

شرح القاعدة:

وتعني أن الشخص الذي أجاز له الشرع إنشاء عقد من العقود لتوافر شروط العاقد فيه وانتفاء الموانع عنه، فإنه تصح منه الإجازة في العقد الموقوف إذا توقف على إجازته، كما تعني بمفهومها أن مَن لا يملك إنشاء العقد لفقد شرط من الشروط فيه أو لوجود مانع به يمنعه شرعًا من إبرامه، فإنه لا تصح منه الإجازة في العقد الموقوف الذي تقف صحته وإمضاؤه على إجازته، فإذا كان الشخص مالكا للمبيع مثلاً أو مأذونا له في بيعه ولم يكن مع ذلك صغيرا أو مجنونا أو محجورا عليه فإنه يجوز له بيعه، وإذا جاز له بيعه، فإنه يملك إجازة البيع إذا ما عقد عليه فضولي وتوقف البيع على إجازته، كما أنه إذا لم يكن له إنشاء عقد البيع لكونه محجورا عليه أو صبيا مثلاً، فإن هذا يعني عدم جواز إجازته إذا توقفت صحة العقد على إجازته.

والقاعدة بتقرير معناها السابق تعد أحد فروع قاعدة: «للإجازة حكم الإنشاء» إذ فيها نفس معناها لكن فيما يتعلق بالعاقدين دون غيرهما مما شملته القاعدة الأم، ومن ثَمّ فإن الخلاف الذي في أصلها جار هنا أيضًا، ولذلك فإن من لا يقول بصحة العقد الموقوف وهم الشافعية والحنابلة والظاهرية لا يقولون بها تبعا لذلك.

---

(١) تكملة البحر للطوري ٨/٢٩٥.

(٢) المحيط البرهاني: الفصل الثامن في الطلاق الذي يكون من غير الزوج فيجيزه الزوج.

ومن تطبيقاتها :

١- الصبي المحجور عليه إذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليُّه لجاز عليه - يتوقف على إجازة وليه ما دام صغيرا أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ إن لم يوجد من وليه في حال صغره، فإذا بلغ قبل إجازة الولي فأجاز بنفسه جاز، ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير إجازة؛ لأنه لما بلغ فقد ملك الإنشاء فأولى أن يملك الإجازة[١].

٢- إذا باع فضولي متاعا لشخص بيعا موقوفا على إجازة مالكه أو آجر عينا له، فإذا كان مالك المتاع المباع أو العين المؤجرة بالغا عاقلا غير محجور عليه فإنه إن أجاز العقدَ جاز وتمّ؛ لأنه قادر على إنشاء العقد واعتباره، ومن يملك إنشاء العقد يملك إجازته، أما إن كان مالك المتاع أو العين صبيا أو مجنونا أو محجورا عليه، فإن العقد يبطل ولو أجازه؛ لأن هؤلاء ممنوعون من التصرفات، ولا يمكنهم إنشاء العقد في حال الصغر والجنون والحجر فلم تصح إجازتهم[٢].

٣- رجل زوّج ابنَه البالغ امرأةً بغير إذنه فجُنّ الابن قبل الإجازة، قالوا: ينبغي للأب أن يقول: أجزت النكاح على ابني؛ لأن الأب يملك إنشاء النكاح عليه بعد الجنون فيملك الإجازة[٣].

٤- إذا قالت امرأة لزوجها: طلقتُ نفسي. فأجاز زوجها - طلُقت؛ لأنه يملك إنشاء الطلاق عليها فيملك الإجازة التي هي أضعف بالأولى[٤].

---

(١) بدائع الصنائع ١٤٩/٥.
(٢) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١١١٧/١١.
(٣) البحر الرائق لابن نجيم ١٢٧/٣.
(٤) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢٩٥/٣.

٥- الوكيل والوصي يملك كل واحد منهما إجازةَ العقد الموقوف كالمالك؛ لأنه يملك إنشاء العقد فملك إجازته[١].

٦- إذا وهب فضوليٌّ مالَ صبي أو تصدق به فأجازه الصبي لم ينعقد ذلك؛ لأن الصبي ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه[٢] فلم يملك إجازتها.

التطبيق الثاني من القواعد:

٩١٢ـ مَا لا يَكُون مَحَلا لإِنْشَاء العَقْدِ عليه لا يَكُون مَحَلا لإِجَازَة العَقْدِ فيه[٣].

ومن صيغها:

١- الإجازة بمنزلة العقد في حق المحل[٤].

٢- ما ليس بمحل لإنشاء العقد ليس محلا للإجازة والنفاذ[٥].

٣- إنما تصح الإجازة في محل يصح إنشاء البيع فيه[٦].

شرح القاعدة:

وتعني أنه يشترط في الإجازة حتى تصح وينفذ بها العقد الموقوف أن

---

(١) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١١/١١١٨.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٩.

(٣) بدائع الصنائع ٦/٨٠.

(٤) الفتاوى الهندية ١/٣٠١.

(٥) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لعبد العلي الأنصاري اللكنوي ١/٣٩٢.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٨/١٢٣.

تكون واردة على محل يُجيز الشرع إنشاء العقد عليه، وأنه إذا كان المعقود عليه في العقد الموقوف شيئًا لم يبح الشرع جعله محلا صالحا لإنشاء العقد عليه، فإن الإجازة لا تفيد صحة العقد ساعتها، بل تكون هي والعدم سواء، كما لو عقد فضولي على عين محرمة البيع يملكها آخر، فأجاز صاحب العين هذا البيع، فإن تلك الإجازة لا تصح ولا تصحح العقد لأنها واردة على محل لا يصح إنشاء العقد عليه، ولذلك نجد تلازما بين هذه القاعدة وبين العقد الباطل، فإن المحل الذي لا يصح إنشاء العقد عليه يكون العقد الوارد عليه باطلا غير صحيح، ولذلك فالقاعدة فرع عن قاعدة: «الباطل لا تلحقه الإجازة» لأن عدم صلاحية محل العقد لورود العقد عليه واحد من أسباب البطلان الوارد في هذه القاعدة.

والقاعدة متفرعة عن قاعدة: «للإجازة حكم الإنشاء» إذ إن أحد ما دلت عليه هو كون العين المعقود عليها مما يجوز إنشاء العقد عليها ابتداء، وهذا هو عين ما أتت هذه القاعدة به، وقد تفرع عنها الضابط الذي ينص على أن «الإجازة إنما تصح في محل يصح إنشاء البيع فيه» ففيه حكم القاعدة لكن في باب البيوع فقط.

ومن تطبيقاتها:

١- يشترط قيام المبيع وعدم هلاكه في البيع الموقوف عند إجازة مَن بيده الإجازة؛ لأن ما لا يكون محلا لإنشاء العقد عليه لا يكون محلا لإجازة العقد فيه، والبيع لا يرِد على عين هالكة، فإذا باع فضولي شيئًا لآخر، وقبل أن يجيز صاحبه البيع استهلك المشتري المبيعَ فأصبح لا وجود له، فإنّ إجازة مالك المبيع لا تصح؛ لأن الإجازة في نفوذ العقد وثبوت حكمه بمنزلة الإنشاء، فإنما تصح في محل

يصح إنشاء البيع فيه، والمبيع بعد استهلاكه لا يصح إنشاء البيع عليه[١].

٢- إذا آجر الفضولي عينا لغيره فأجاز المالك العقد قبل استيفاء المنفعة جازت وكانت الأجرة للمالك لأن المعقود عليه ما فات، وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته؛ لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت وخرجت عن احتمال إنشاء العقد عليها فلا تلحقها الإجازة[٢].

٣- إذا تم عقد بيع على شيء محرم العين كالخمر والخنزير والميتة، وكان البيع موقوفا على إجازة صاحبه، فإن البيع باطل، ولا تفيد الإجازة صحةَ البيع؛ لأنه ليس له إنشاء العقد عليه فلا يكون محلا لإجازته.

٤- ذهب الشافعية والحنابلة وهو المشهور عند المالكية إلى عدم جواز بيع الكلب مطلقا وإن كان معلما، وعلى قولهم هذا إذا عقد عليه فضولي ثم بلغ صاحبه فأجاز البيع لم تصح الإجازة؛ لأن الكلب ليس محلا لإنشاء العقد عليه فلا يكون محلا لإجازة العقد فيه[٣].

٥- إذا وهب الصبي أو الفضولي ما لا يجوز هبته أو التصرف فيه كشيء من مال الوقف؛ فإن ذلك لا يصح وإن أجازها ناظر الوقف؛ لأنه ليس له إنشاء العقد على الموقوف فلا يكون محلا لإجازته.

إبراهيم طنطاوي

* * *

(١) انظر: المبسوط ١٨/١٢٣، بدائع الصنائع ٦/٨٠.
(٢) بدائع الصنائع ٤/١٧٧.
(٣) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/٣٤٠، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/١١، المغني لابن قدامة ٤/١٧١، بدائع الصنائع ٥/١٤٣.

رقم القاعدة: ٩١٣

نص القاعدة: الإِجَازَةُ لا تَلْحَقُ الإِتْلافَ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- لا تلحق الإجازة الإتلاف[٢].

٢- الإجازة لا تلحق التالف[٣].

٣- لا تصح إجازة الإتلاف[٤].

٤- الإتلاف بعد وقوعه هل تلحقه الإجازة[٥].

قواعد ذات علاقة:

١- الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة[٦]. (أصل مقيد بالقاعدة).

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٤٢، الدر المختار للحصكفي مع حاشة ابن عابدين ١٩٨/٦، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٤٦٣/٢، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٥٦٣/٢، شرح المجلة للأتاسي ٤٥٤/٣، مجمع الضمانات ص ٣٣٧، زواهر التمرتاش ٢١٧/١/ب، عمدة ذوي البصائر لبيره زاده ٢١٦/١/ب، شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٥٠٨، درر الحكام لعلي حيدر ٢٦٠/٢، ٥٣٦.

(٢) درر الحكام لعلي حيدر ٥٣٦/٢.

(٣) البحر الزخار لابن المرتضى ٨٥/٥.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٣٦/٢.

(٥) شرح المجلة للأتاسي ٤٥٦/٣.

(٦) تبيين الحقائق للزيلعي ٤٨٧/٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- الإجازة تلحق الأفعال كالأقوال[1]. (أصل مستثنى منه).

٣- الإجازة تلحق بالتالف[2]. (مخالفة).

٤- الإجازة إنما تلحق الموقوف لا الباطل[3]. (متكاملة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بحكم ورود الإجازة على الإتلافات.

وهي تقرر أن الإجازة لا تصح ولا تعتبر في التصرف الذي نشأ عنه إتلاف العين، وإنما تعمل فيما إذا كانت العين المعقود عليها باقية، فلو أن فضوليًّا، مثلاً، تصرف في ملك الغير، ولكن قبل إجازة من يملك الإجازة تلف المعقود عليه، فإن ذلك الفعل لا تثبت فيه صفة النفاذ بإجازة المالك أو نائبه؛ لأن الإجازة إنما تثبت على ما هو قائم لا على ما فات وتلف؛ إذ الإجازة في التالف الفائت تصرف في شيء فات محله، وذلك كالعدم.

ولا يخفى أنه لا مجال لبحث هذه القاعدة عند من يرى عدم وقف العقود وبطلان تصرف الفضولي رأسا كالشافعية في الجديد والصحيح في مذهب الحنابلة وأهل الظاهر وبعض الإباضية[4].

---

(١) التحرير المختار لرد المحتار للرافعي الحنفي ١٤٤/١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) البحر الزخار لابن المرتضى ٨٥/٥. وبلفظ آخر: "الإجازة تسقط الضمان عن الفضولي" التاج المذهب ٢١٧/١.

(٣) شرح السير الكبير للسرخسي ٢٠٤٨/٥. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الباطل لا تلحقه الإجازة".

(٤) انظر: التاج والإكليل للمواق ٣٦/٦، المجموع ٣١٢/٩، روضة الطالبين للنووي ٣٥٣/٣، مغني المحتاج للشربيني ٣٥١/٢، نهاية المحتاج للرملي ٤٠٣/٣، الشرح الكبير للرافعي ٥٠/١١، الغرر البهية شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ١٤/٤، ١٥، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢٠١/٢، حاشية البجيرمي ٧/٣، تحفة المحتاج للهيتمي ٢٤٨/٤، الفروع لابن مفلح ٣٥٩/٤، الإنصاف للمرداوي ٢٨٣/٤، المحلى لابن حزم ٣٥١/٧، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٢٣٢/٨.

أما الذين قالوا بوقف العقود - وهم الحنفية، والمالكية، في المشهور عندهم - والزيدية والإمامية[١] فقد اختلفوا في هذه القاعدة:

فالذي نص عليه كثير من مصادر الحنفية - أو يفهم من خلال ما ذكروه - هو أن الإجازة لا تلحق الإتلاف، لكن لما كان الإتلاف من الأفعال، و«الإجازة تلحق الأفعال كالأقوال» على الصحيح عندهم، كان مقتضى ذلك أن تلحق الإجازة الإتلاف، لكن قالوا: الأفعال منها ما يكون إيجادًا، ومنها ما يكون إعدامًا، والمراد بالأفعال التي تلحقها الإجازة ما كان إيجادًا، أما ما كان إعدامًا فلا، فعلى ذلك تكون هذه القاعدة التي بين أيدينا مستثنى من القاعدة العامة كما قال العلامة علي حيدر: «تلحق الإجازة القول والفعل معًا، ويستثنى الإتلاف»[٢].

ولـم نقف على نص صريح عند المالكية في القاعدة، لكن عزا إليهم أحمد بن المرتضى أن الإجازة لا تلحق الإتلاف[٣]، ويؤيد ذلك ما ذكره المالكية من أن «محل كون المالك له نقض بيع الفضولي غاصبا أو غيره إن لم يفت المبيع، فإن فات بذهاب عينه فقط كان على الفضولي الأكثر من ثمنه وقيمته غاصبا أو لا»[٤]. وقولهم: «فالحاصل أنه عند قيامها له الإجازة وأخذ الثمن وله رد البيع وأخذ سلعته، وأما عند فواتها فيقضى له بأخذ الأكثر من الثمن أو قيمتها يوم التعدي، ومثله كل متعد بالبيع على سلعة غيره ولو غاصبا، وهكذا حكم بيع الوديعة من غير اتجار في ثمنها»[٥].

---

(١) ينظر قاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٥١٤. وانظر: غمز عيون البصائر للحموي ٣/٢٠٩ - ٢١٠، شرح المجلة للأتاسي ٣/٤٥٤ فما بعدها.

(٣) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٨٦.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٣/١٢.

(٥) الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي ٢/١٧٢.

أما الإمامية فيبدو من خلال ما تيسر من تتبع الفروع الفقهية عندهم أنهم أيضًا يأخذون بهذه القاعدة، فقد جاء في أحد مصادرهم: «ومع تلف المنقول وانسلاخ قابليته لا يصح البيع من المجيز إذ لا يجوز بيع التالف، فلا يصح منه الإجازة»(١).

والزيدية عندهم خلاف في القاعدة لكن الراجح والمعتمد عندهم أن الإجازة تلحق الإتلاف(٢).

وكذلك جاء عند الإباضية: «الرجل يأكل من مال غيره بغير أمره ثم يبيحه له المالك فيبرأ بإجازته»(٣)، فقد لحقت الإجازة هنا الإتلاف.

ومجال تطبيقها يشمل أبوابًا كثيرة في الفقه، فكل موضع يتصور فيه جريان إجازة من يملك الإجازة هو المجال لهذه القاعدة.

أدلة القاعدة:

١- لأن الإجازة إنما تلحق الموقوف والإتلاف لا يتوقف حتى تلحقه الإجازة(٤).

٢- لأن الإجازة تصرف، والتصرف لا يصح إلا بوجود محله، فإذا تلف المحل فلا تلحقه الإجازة(٥).

---

(١) كتاب المكاسب والبيع للآملي ١٠٨/٢، وانظر أيضًا ١٤٢/٢.

(٢) وقد جزم بذلك أحمد بن يحيى المرتضى في البحر الزخار١٨٦/٥، لكنه قال قبل ذلك في مسألة أخرى: "وكذا لو تلف، وقلنا الإجازة تلحق بالتالف" ٨٥/٥. وقال المنصور بالله "... وهذا معنى قولنا: لا تصح الإجازة في الشيء التالف، وإن بقاء المعقود عليه شرط" المهذب في فتاوى الإمام منصور ص ٢٣٨ [نسخة المكتبة الشاملة، غير موافقة للمطبوع]. وانظر أيضًا ص ٢٢٩ من المصدر نفسه.

(٣) الجامع لابن بركة ١٢٥/٢.

(٤) انظر: الدر المختار للحصكفي مع حاشية ابن عابدين ١٩٨/٦.

(٥) انظر: الهداية للمرغيناني ٦٨/٣.

تطبيقات القاعدة :

١- لو باع ملك غيره فأجازه مالكه بعد فوات المعقود عليه لم يجز؛ لأن العقد لا يرد على التالف ابتداءً، فلم تجز إجازته؛ إذ الإجازة لا تلحق الإتلاف[١].

٢- لو آجر الفضولي مالا لآخر، فأجازه صاحب المال بعد إتلاف المنافع بانقضاء مدة الإجارة فلا تجوز إجازته؛ لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف[٢].

٣- لو أتلف أحد مالا لآخر تعديا وقال بعد ذلك صاحب المال: أجزت أو رضيت؛ فلا يبرأ المتلف من الضمان؛ لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف[٣].

٤- لو أقرض الدنانير المودعة عنده لآخر بغير إذن المودع واستهلكها ذلك الشخص وأجاز المودع بعد ذلك هذا الإقراض فله تضمين المقرض المبلغ المذكور؛ لأن الإجازة غير صحيحة[٤].

٥- لو خلط الْمُسْتَودَعُ المال المودع عنده بمال شخص آخر مودع عنده يضمن الوديعتين ويبقى المخلوط له ولا ترد عليه الإجازة[٥] لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف.

٦- لو قال أحد لمدين شخص ما: أعطني العشرة التي هي دين عليك

(١) انظر: الفروق للكرابيسي ٢/٦٧، درر الحكام شرح المجلة لعلي حيدر ٢/٥٣٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/٧٧، درر الحكام لعلي حيدر ٢/٦٠٢.

(٣) انظر: درر الحكام ٢/٥٣٦، شرح المجلة للأتاسي ٣/٤٥٤.

(٤) درر الحكام ٢/٥٣٦.

(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٢٦٠.

لفلان بسند، وإن لم أكن وكيلا له فسوف يجيز تصرفي، فأعطاه الآخر الدين المذكور، فإذا تلف في يد القابض قبل الإجازة، فلا تصح الإجازة؛ لأن الإتلاف لا تلحقه الإجازة(١).

٧- لو أولم أحد الورثة وليمة وصرف فيها بعض أموال التركة في غياب الباقين منهم، وأجازوا ذلك بعد مجيئهم فإذا أرادوا تضمينه بعد ذلك فلهم تضمينه لأن الإتلاف لا تلحقه الإجـازة(٢).

٨- إذا لم يكن المضارب مأذونا صراحة من قبل صاحب المال؛ فليس له إقراض مال المضاربة لآخر وإن أقرض وأجاز المالك وهو في يد المستقرض عينا كان جائزا. لكن إذا أجاز بعد التلف فلا يجوز؛ بناءً على هذه القاعدة(٣).

٩- لو أودع المستودع الوديعة آخر بلا إذن المودِع، وأجاز المودِع الإيداع بعد أن تلفت في يد المستـودع الثاني فـلا يصـح(٤)؛ لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف.

١٠- من غصب شيئًا فباعه، وتلف الثمن في يده ثم أجاز المالك البيع فإن الغاصب يضمن؛ لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف(٥).

---

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٥٣٦.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٥٣٦.

(٣) انظر: درر الحكام ٢/٥٣٦.

(٤) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٥٣٦.

(٥) هذا أحد القولين عند من قال بوقف العقود، والقول الآخر: أنه لا يضمن الثمن للمالك، إذ صار بالإجازة وكيلاً، لأن الإجازة تلحق الإتلاف. ينظر البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٨٦.

استثناءات من القاعدة :

قال الحنفية: تستثنى من ذلك مسألة التصدق، وجه الاستثناء: هو أن الإذن بالتصدق باللقطة يحصل من الشارع وليس من المالك. وعليه لا يشترط في الإجازة في هذه المسألة كون اللقطة موجودة[١].

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: درر الحكام شرح المجلة ٢/٥٣٦.



رقم القاعدة: ٩١٤

نص القاعدة: الإِجَازَةُ تَلْحَقُ الأَفْعَالَ كَالأَقْوَالِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الإجازة تلحق الأفعال على الصحيح[٢].

٢- الإجازة هل تلحق الأفعال[٣].

٣- الإجازة تلحق الأفعال[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة[٥]. (أعم).

---

(١) التحرير المختار لرد المحتار لعبد القادر اللرافعي الحنفي ١٤٤/١. وفي لفظ: "الإجازة تلحق الأفعال كما تلحق الأقوال". درر الحكام لعلي حيدر ٢٧٦/٢، ٤٧٧، وبنحوه في ٥٣١/٣.

(٢) شرح المجلة لسليم رستم ص ٥٠٩.

(٣) إبراز الضمائر للأزميري ص ٣٦٠. وبلفظ آخر "هل تلحق الإجازة الأفعال" التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٥٦٣/٢، زواهر التمرتاشي ٢١٧/١/ب.

(٤) عمدة الناظر لأبي السعود ٨١٣/٢، زواهر التمرتاشي ٢١٧/١/ب، تنوير البصائر للغزي ١٥٢/١/ب، إبراز الضمائر للأزميري ص ٣٦٠، الذخيرة البرهانية ٤٩٢/١. وزاد في آخره في شرح الأتاسي: "على الصحيح" ٤٥٤/٣.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٤٨٧/٤. وبلفظ آخر: الإجازة بعد الوقوع كالإذن قبله. شرح النيل وشفاء العليل لابن أطفيش ٢٨٢/١١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- كل تصرف صح فيه الإذن صحت فيه الإجازة[١]. (أعم).

٣- الإجازة لا تلحق الأفعال[٢]. (مخالفة).

٤- الإجازة لا تلحق الإتلاف[٣]. (متكاملة).

٥- كلُّ ما يَحتاج للنية لا يُفعل عن الغير إلا بإذنه[٤]. (قيد).

شرح القاعدة :

الإجازة تطلق لغة ويراد بها عدة معانٍ منها: الإمضاء والإنفاذ[٥]، ولقد استعملها الفقهاء بمعنى: إثبات صفة النفاذ في التصرفات الموقوفة[٦].

ومعنى الإجازة تلحق الأقوال: أي ترد على تصرفات المكلفين القولية كالبيع والإجارة والوكالة، ومعنى الإجازة تلحق الأفعال: أي ترد على أفعال المكلف التي يباشرها بجوارحه الحسية الظاهرة[٧] كالأكل والشرب والمداواة والغصب والتسلم، وهذه القاعدة تتعلق بإمضاء تصرفات الفضولي الفعلية بإجازة من يملك ذلك، عند من اعتبر تصرفات الفضولي موقوفة على إجازة

---

(١) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ١٣٣/٣.

(٢) عمدة الناظر ٨١٣/٢، جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ٢٣٧/١، زواهر التمرتاشي ٢١٧/١/ب، تنوير البصائر للغزي ١٥٢/١/ب، الفتاوى الأنقروية ٣٤٩/٢، مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ٣٣٥/١.

(٣) مجمع الأنهر لشيخي زاده ٤٦٣/٢، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٥٦٣/٢، شرح المجلة للأتاسي ٤٥٤/٣، مجمع الضمانات لابن غانم ص ٣٣٧، زواهر التمرتاش ٢١٧/١/ب، عمدة ذوي البصائر لبيره زاده ٢١٦/١/ب، شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٥٠٨، درر الحكام لعلي حيدر ٥٣٦/٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣٧٥/١٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ٦٥١، تاج العروس للزبيدي ٧٧/١٥.

(٦) كتاب الكليات للكفوي ص ٥١.

(٧) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ١٠٤/١، شرح النيل لأطفيش ٥٧٧/١٠.

المالك، وهم الجمهور من الحنفية والمالكية في المشهور والشافعية في القديم ومقابل الصحيح في مذهب الحنابلة والزيدية والإمامية وبعض الإباضية[١].

وما ينبغي الإشارة إليه أن الشطر الثاني من القاعدة يقرر حكما لا خلاف فيه عند من اعتبر تصرفات الفضولي موقوفة - وهو صحة إمضاء تصرفات الفضولي القولية كالبيع والإجارة والشركة ونحوها مما تعتبر الصيغة شرطا لانعقاده.

وهذه القاعدة تقرر أن تصرفات الفضولي التي هي من باب الأفعال كسقي أرض الغير وإصلاح داره وقبض حقه وخياطة ثوبه وقسمة ماله، تصح، وتترتب عليها آثارها من استحقاق الأجرة وبراءة الذمم، وهذا هو الصحيح في مذهب الحنفية، وهو معنى مستفاد من بعض المذاهب الأخرى التي قالت بأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، يدل على ذلك ما أوردوه من تطبيقات[٢].

وفي مقابل الصحيح تقرر أن الإجازة لا تلحق إلا التصرفات القولية فقط، وهذا ما صرحت به القاعدة الثالثة والرابعة من القواعد ذات العلاقة، أما التصرفات الفعلية فلا تلحقها الإجازة، وهذا ما صرحت به كتب الحنفية عن أبي حنيفة - رحمه الله - ومنه «الإجازة لا تلحق الأفعال عند أبي حنيفة....»[٣]، لكن بعض الحنفية حَمَلوا كلمة الأفعال فيما نقلوه عن أبي حنيفة على معنى الإتلاف، والإتلاف لا تلحقه الإجازة - كما نصت عليه إحدى القواعد ذات العلاقة - وحملوا كلمة الأفعال في القاعدة على غير الإتلاف؛ وهذا التفصيل هو المنقول عن مشايخ الحنفية، فتحمل نقول المشايخ على الفعل الذي لا يكون إعداما

---

(١) انظر تفصيل ذلك في: قاعدة "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة".

(٢) انظر: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية لصبحي المحمصاني ص ٧٠.

(٣) التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٥٦٣/٢، مجمع الضمانات لابن غانم ص ١٤١، غمز عيون البصائر ٢٠٩/٣.

وهو الذي تلحقه الإجازة[١] وهذا ما عبر عنه علي حيدر بقوله: تلحق الإجازة القول والفعل معا ويستثنى الإتلاف[٢].

وإعمال القاعدة مقيد بقيدين:

الأول: أن يكون الفعل مما يصح مباشرته من المجيز؛ لأن ما لا يرد فيه الإذن لا تلحقه الإجازة؛ لأنه يقع باطلا رأسا والإجازة إنما تلحق الموقوف لا الباطل[٣].

والثاني: أن يكون الفعل مما لا يفتقر إلى النية؛ لأن ما يفتقر إلى نية الشخص لصحة إيقاعه مما تصح فيه النيابة - كإخراج الزكاة والتكفير عن الأيمان بالإطعام يقع باطلا أيضًا إذا باشره عنه غيره بغير إذنه؛ بناءً على أن «كلُّ ما يَحتاج للنية لا يُفْعَلُ عن الغير إلا بإذنه»[٤]، وهذا ما عبر عنه الماوردي بقوله: «ما يفتقر إلى النية لا يصح فعله عن الحي إلا بأمره»[٥]، ولذلك قالوا: «الزكاة لا تلحقها الإجازة أي إذا أخرجها فضولي لا ولاية له ولا وكالة، إلى الفقير عن المالك فعلم المالك فأجاز ما فعله لم تلحقها الإجازة، ولا تجزي عن زكاة المالك[٦]، لكن الإجازة تُسْقِط الضمان عن الفضولي وعن الفقير مع التلف، أما لو كان باقيا وجب رده ولو قد استهلك حكما. يجب على رب المال إخراج زكاته؛ لأنها لم تسقط بما أخرجه الفضولي»[٧].

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٣/٢٠٩، شرح مجلة الأحكام للأتاسي ٣/٤٥٤.
(٢) درر الحكام لعلي حيدر ٣/٥١٤.
(٣) شرح السير الكبير للسرخسي ٥/٢٠٤٨.
(٤) تحفة المحتاج للهيتمي ١٠/٣٧٥.
(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٣٩.
(٦) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢/٢٢٦ - ٢٢٧.
(٧) انظر: التاج المذهب للعنسي ١/٢١٧.

ومجال تطبيق هذه القاعدة يشمل الأفعال التي يباشرها الفضولي فيما يتعلق بمال غيره، سواء كان بنقله أو تغيير هيئته أو استبدال غيره به أو صيانته أو قبضه أو إقباضه، وهذا يدخل في أبواب شتى كالبيوع والإجارات والقسمة والرهن والمساقاة وغيرها.

أدلة القاعدة :

١ـ القياس: قياس الإجازة في الأفعال على الإجازة في الأقوال بجامع أن كلا منهما تصرف في حق الغير بغير إذنه أو ولاية من الشرع.

٢ـ قاعدة «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» ودليلها، وهي عامة تشمل الأقوال والأفعال، ولا دليل لقصرها على القول دون الفعل.

تطبيقات القاعدة :

١- إذا أودع المستودَع الوديعة عند شخص آخر وأجاز المودِع ذلك خرج المستودع الأول من العهدة وصار الشخص الآخر مستودعًا؛ لأن الإجازة تلحق الأفعال كما تلحق[1].

٢- إذا اشترى شخص شيئًا فقام آخر على سبيل الفضالة بقبضه من البائع، وأجاز المشتري فعله صحت الإجازة[2] وبرئت ذمة البائع؛ لأن الإجازة تلحق الأفعال.

٣- لو أفسد الخياط الثوب وأخذه صاحبه وهو عالم بفساده ولبسه فليس

(١) انظر: المجلة العدلية، المادة ٧٩١، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٢٦٧.

(٢) انظر: التاج المذهب للعنسي ٢/٢٠٠.

له تضمين الخياط. فهنا أن إفساد الثوب قد لحقته الإجازة مع أنه فعل[١].

٤- لو غصب أحد من آخر مالا وبعد ذلك أجاز صاحب المال قبض الغاصب كان الغاصب بريئا من الضمان؛ لأن الإجازة كما تلحق الأقوال تلحق الأفعال أيضًا، حتى أنه لو أخذ أحد مال آخر وغصبه وسلمه لشخص آخر وأجاز المغصوب منه بعد ذلك هذا التسليم كان صحيحا وبرئ ذلك الشخص من الضمان؛ لأن الإجازة تلحق الأفعال كما تلحق الأقوال[٢].

٥- لو اغتصب دابة ثم آجره إياها ربها إلى مكان ما بمقدار من المال جاز، ويبرأ من الضمان[٣]؛ بناءً على موجب هذه القاعدة.

٦- لو غصب دابة ثم جاء بها، وأدخلها في إصطبل المالك، وأخبره فقال: نعم ما فعلت يبرأ عند محمد؛ لأن الإجازة تلحق الأفعال[٤].

٧- إذا كان لشخص لدى آخر دين، فقام شخص على سبيل الفضالة باسترداده وإدخاله في حوزة الدائن، وأجاز الدائن فعله صحت الإجازة[٥] وبرئت ذمة المدين؛ لأن الإجازة تلحق الأفعال. وكذلك «لو أرسل أحد دينه إلى دائنه على يد آخر فأخبر ذلك الشخص الدائن ورضي الدائن أيضًا لكن قبل أن يأخذ دينه من يد ذلك الشخص أمره

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣/٥٣١.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٤٧٧.

(٣) انظر: مجمع الضمانات لابن غانم ص ١٤١.

(٤) هذا عند محمد، ولا يبرأ عند أبي حنيفة، "لأن الإجازة لا تلحق الأفعال عند أبي حنيفة، وتلحق عند محمد" مجمع الضمانات ص ١٤١.

(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/٥٣٢.

أن يشتري له مالا وتلف المبلغ المقبوض في يد المأمور قبل أن يشتري ما أمر بشرائه تلف على الدائن؛ لأن الإذن انتهاء بقبض ذلك الشخص كالإذن ابتداء ويرى في هذا أن إجازة القبض قد لحقت الفعل وهو القبض»[١].

٨- إذا كان المال لشخصين على جهة الشيوع، فقام أحد الشريكين في غيبة الآخر بتقسيمه وإفرازه، وأجاز الآخر فعل شريكه عند حضوره صحت الإجازة[٢]؛ لأن الإجازة تلحق الأفعال.

٩- لو أن شخصًا كان له لدى غيره دينٌ، فقام شخص آخر بأخذ عين هي ملك للمدين ودفعها للدائن على سبيل الرهن، ولمّا علم المدين بهذا الفعل أجازه، صحت الإجازة[٣]؛ لأنها كما تلحق الأقوال تلحق الأفعال.

د. مبروك عبد العظيم أحمد

***

---

(١) المصدر السابق في الموضع نفسه.

(٢) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ١٠٩/٥.

(٣) انظر: الروضة البهية للعاملي ٦٨/٦٤.



رقم القاعدة: ٩١٥

نص القاعدة: الإِشَارَةُ مَعَ التَّسْمِيَةُ إِذَا اجْتَمَعَتَا فِي العُقُودِ وَكَانَ المُشَارُ إِلَيْهِ مِنْ جِنْسِ المُسَمَّى - يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِالمُشَارِ إِلَيْهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه[٢].

٢- المشار إليه إذا كان من جنس المسمى تعلق الحكم بالمشار إليه[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- إذا اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود[٤]. (أصل مقيد بالقاعدة).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٤٤٠.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/٣٤٤.

(٣) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٢/١٢١.

(٤) البناية للعيني ٤/٧٠٤، وبصيغة استفهامية: إذا تعارضت الإشارة والعبارة ففي ترجيح أيهما وجهان، القواعد والفوائد للعاملي ص٢٤٦، وبلفظ: الإشارة أقوى من العبارة، البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٤/١٠٧.

٢- الوصف المعتاد يعتبر في الغائب لا في العين[١]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٣- إذا اجتمعت الإشارة والعبارة واختلف موجبهما غلبت الإشارة[٢]. (أعم).

٤- الإشارة إنما تعتبر حيث كان المشار إليه يقبل التسمية باسم المقارن أو الاتصاف بالصفة المقارنة حالا أو استقبالا[٣]. (مبينة).

٥- الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى[٤]. (قسيمة).

٦- الإشارة إذا تجردت عن معرفة المشار إليه وعن إرادته كانت التسمية مع الإرادة أقوى منها وسقط بالتسمية والإرادة حكمها[٥]. (مقيدة).

شرح القاعدة:

الإشارة إلى الشيء لغة: الإيماء إليه بالكف أو العين أو الحاجب أو غيرها. وهي عند الإطلاق حقيقة في الحسية.

والإشارة في اصطلاح الفقهاء مثلها في اللغة.

والمراد بالتسمية في القاعدة: تعيين المعقود عليه باسمه أو وصفه.

والمراد بالجنس في القاعدة مفهومه الفقهي وهو: «المقول على كثيرين لا

---

(١) انظرها بلفظها في: قسم القواعد الفقهية.

(٢) المنثور للزركشي ١/١٦٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣١٤.

(٣) حاشية الطحطاوي ١/١٩٦.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٤٤٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) الحاوي للماوردي ١٣/٢٩٥.

يتفاوت الغرض منهم تفاوتا فاحشا»، لا المنطقي الذي هو: «الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل»[١].

ومعنى القاعدة، أنه إذا اجتمع في العقد الواحد إشارة إلى المعقود عليه وتعيينه بالتسمية أو الوصف، وكان المشار إليه من جنس المسمى بحيث لا يتفاوت الغرض منهما تفاوتا فاحشا، فإن العقد يتعلق بالمشار إليه لا بالمسمى.

وهذه القاعدة تتكامل مع قاعدة: «الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى»[٢]. فهما مقيدتان لقاعدة: «إذا اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود»[٣]. مع أنهما أخص منها لكونهما جاريتين في العقود لا في غيرها.

وبناء على أن المشار إليه لا يكون إلا حاضرا، فهاتان القاعدتان مقيدتان أيضًا لقاعدة: «الوصف في الحاضر لَغو»[٤].

وهي بالنظر إلى لفظها والتصريح باعتبارها واطراد إعمالها حنفية؛ يقول ابن نجيم مؤكدا ذلك: «الأصل المذكور متفق عليه هنا ويجري في سائر العقود من النكاح والإجازة والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال»[٥].

أما المذاهب الأخرى فاختلفت آراؤهم فيما ينظر إليه عند اجتماع الإشارة والتسمية مع اتفاق جنسيهما:

فالشافعية نظروا إلى معنى أعم وهو مُوجَب الإشارة والتسمية، فقالوا: «إذا

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٦/٨٩.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٤٤٠.

(٣) البناية للعيني ٤/٧٠٤.

(٤) الهداية شرح البداية للمرغيناني ٢/٧٦، شرح فتح القدير لابن الهمام ٥/١٠٠.

(٥) البحر الرائق لابن نجيم ٦/٨٩.

اجتمعت الإشارة والعبارة واختلف موجبهما غلبت الإشارة»، وحملوا ذكر العبارة المخالفة للإشارة على الغلط، ووجهوا اعتبار الإشارة بأنها الأصل في التعريف وأنه إنما جعلت الأسامي نائبة عنها في حالة الغيبة[١].

أما المالكية فاشترطوا لاعتبار الإشارة قيدا أضيق، عبروا عنه بتسمية المشار إليه باسم يصلح له على كل حال، على خلاف عندهم في ذلك. مثاله: «قول البائع: أبيعك هذا الحجر أو قول المشتري بعني هذا الحجر فيشتريه وهو يظنه ياقوتة فيجده غير ياقوتة، أو يبيعه البائع يظنه غير ياقوتة فإذا هو ياقوتة فيلزم المشتري الشراء، وإن علم البائع أنه غير ياقوتة والبائع البيع وإن علم المشتري أنه ياقوتة على رواية أشهب، ولا يلزم ذلك في الوجهين على ما في سماع أبي زيد»[٢].

وقريب من هذا المعنى ما جعله بعض الحنفية شرطا في اعتبار الإشارة عند مقارنة التسمية لها حيث قال: «الإشارة إنما تعتبر حيث كان المشار إليه يقبل التسمية باسم المقارن أو الاتصاف بالصفة المقارنة حالا أو استقبالا»[٣].

وصرح الحنابلة بأن الأصل عندهم هو تقديم الإشارة على التسمية، وبناء على ذلك أخذوا بها واطرحوا التسمية حيث اجتمعتا في بعض الصور ولم يصرحوا - فيما يظهر- بضابط في ذلك. ولكنه بالتأمل في المسائل التي قدموا فيها الإشارة، يتضح أن رأيهم قريب من مذهب الحنفية. يقول البهوتي: «وإن تزوجها على هذا الخمر وأشار إلى خل... لها المشار إليه؛ لأن التعيين أقوى من التسمية فقدم عليها، كما لو قال: بعتك هذا الأسود. وأشار إلى أبيض. أو: بعتك هذا الطويل. وأشار إلى قصير؛ فإنه يصح البيع في المشار إليه لقوة التعيين»[٤]،

---

(١) المنثور للزركشي ١٦٧/١.

(٢) انظر: منح الجليل لمحمد عليش ٢١٥/٥-٢١٦.

(٣) حاشية الطحطاوي ١٩٦/١.

(٤) شرح منتهى الإرادات (ممزوجا بالمتن) للبهوتي ١٢/٣.

فإن المشار إليه من جنس المسمى في هذه الفروع ونظائرها وقد صرحوا بتعلق العقد به جريا على قاعدتنا.

والقاعدة جارية في العقود وما في معناها كما هو صريح لفظها.

أدلة القاعدة :

لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا والوصف يتبعه[١]، ولأن الإشارة تقطع شركة الأغيار[٢]؛ لأنها بمنزلة وضع اليد على الشيء، ويحصل بها كمال التمييز[٣].

تطبيقات القاعدة :

١- إذا قال البائع: بعتك هذه الشاة على أنها نعجة، فإذا هي كبش. فقد اجتمعت الإشارة مع التسمية والمشار إليه من جنس المسمى لأن النعجة والكبش كلاهما شاة والمعنى المطلوب من كل واحد منهما منفعة الأكل فتجانسا ذاتا ومنفعة فتعلق العقد بالمشار إليه، وهو موجود ومحل للبيع، فجاز بيعه، لأن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه، ولكن المشتري بالخيار؛ لأنه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خللا في الرضا فيثبت له الخيار[٤].

٢- من قال: بعتك هذا الثوب القز فإذا هو ملحم ينظر، إن كان لحمته من

---

(١) أشباه ابن نجيم ١/٣٤٤، ذخيرة الناظر للطوري ١/١٢٧/ب.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٣/١٣٩.

(٣) العناية شرح الهداية للبابرتي ٥/٢٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٠، خلافا للمشهور عند الإباضية إذ الأصل عندهم أن من: "باع شيئًا وسماه بخلافه لم يجز" شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٢/١٦٠.

القز، فالبيع جائز؛ لأن الأصل في الثوب هو اللحمة؛ لأنه إنما يصير ثوبا بها. فالجنس لم يختلف فتعتبر الإشارة، والمشار إليه موجود فكان محلا للبيع، لأن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه. إلا أنه يثبت الخيار للمشتري، لأن كون السدى منه أمر مرغوب فيه، وقد فات فوجب الخيار[1].

٣- من حلف لا يكلم هذا الصبي فصار شيخا حنث بتكليمه تغليبا للتعيين[2]، لأن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه.

٤- إذا قال البائع للمشتري: بعتك هذه الجبة على أن بطانتها وظهارتها كذا، وحشوها كذا فإن كانت الظهارة مما شرط جاز البيع وإن كانت البطانة، والحشو من غير ما شرط؛ لأن الأصل هو الظهارة ألا ترى أنه ينسب الثوب إليها، ويختلف الاسم باختلافها، وإنما البطانة تجري مجرى التابع لها وكذا الحشو فكان المعقود عليه هو الظهارة، وما سواها جاريا مجرى الوصف لها ففواته لا يمنع الجواز، فالجنس لم يختلف، والإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه. ولكنه يوجب الخيار لأنه فات شيء مرغوب فيه[3].

٥- من قال لامرأة: تزوجتك على هذه الشاة الذكية. فإذا هي ميتة، فلها مهر المثل؛ لأن الشاة الميتة من جنس الشاة الذكية فكانت العبرة

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٧٩.

(٢) انظر: الفروع لابن مفلح ٦/٣٢١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٠.

للإشارة[١]؛ لأن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه.

٦- من حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشا حنث[٢]؛ لأن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه.

بدي أحمد سالم

* * *

---

(١) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ١١١/٤.

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي ٥٩/١١.



رقم القاعدة: ٩١٦

نص القاعدة: الْإِشَارَةُ مَعَ التَّسْمِيَةِ إِذَا اجْتَمَعَتَا، فَفِي مُخْتَلِفِي الْجِنْسِ يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِالْمُسَمَّى وَيَبْطُلُ لِانْعِدَامِهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا إن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى فالعقد فاسد[٢].

٢- الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى[٣].

٣- إن كان المسمى من خلاف جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمسمى[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- إذا اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود[٥]. (أصل مقيد بالقاعدة).

---

(١) الهداية شرح البداية للمرغيناني ٣/٤٦، البحر الرائق لابن نجيم ٩/٨٦، تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٣/٣٧٩، حاشية ابن عابدين ٥/٥٣.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٤٤٠.

(٤) الاختيار تعليل المختار للموصلي ٣/١١٨.

(٥) البناية للعيني ٤/٧٠٤، وبصيغة استفهامية: إذا تعارضت الإشارة والعبارة ففي ترجيح أيهما وجهان،=

٢- الوصف المعتاد يعتبر في الغائب لا في العين[(١)]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٣- إذا لم يكن المشار إليه من جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمي[(٢)]. (أعم).

٤- إذا اجتمعت الإشارة والعبارة واختلف موجبهما غلبت الإشارة[(٣)]. (مخالفة).

٥- الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه[(٤)]. (مكملة).

٦- الإشارة إذا تجردت عن معرفة المشار إليه وعن إرادته كانت التسمية مع الإرادة أقوى منها وسقط بالتسمية والإرادة حكمها[(٥)]. (مبينة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة مكملة لقاعدة: «الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه»[(٦)]. فهما مقيدتان لقاعدة: «إذا اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود»[(٧)].

= القواعد والفوائد للعاملي ص ٢٤٦، وبلفظ: الإشارة أقوى من العبارة، البحر الزخار لأحمد ابن المرتضى ٤/١٠٧.

(١) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المبسوط للسرخسي ٦٨/٧، وبلفظ: "المشار إليه إذا كان من خلاف جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمى"، كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ١٢١/٢.

(٣) المنثور للزركشي ١/١٦٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣١٤.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٤٤٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) الحاوي للماوردي ١٣/٢٩٥.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٤٤٠.

(٧) البناية للعيني ٤/٧٠٤.

والمعاني الاصطلاحية للإشارة والتسمية والجنس مبينة في صياغة قسيمة هذه القاعدة.

ومعنى القاعدة، أنه إذا اجتمع في العقد الواحد إشارة إلى المعقود عليه وتعيينه بالتسمية أو الوصف، وكان المشار إليه من خلاف جنس المسمى بحيث يتفاوت الغرض منهما تفاوتا فاحشا، فإن العقد يتعلق بالمسمى لا بالمشار إليه، ويبطل لانعدام المسمى.

وهذه القاعدة - كنظيرتها المكملة لها - حنفية بالنظر إلى لفظها والتصريح باعتبارها واطراد إعمالها، وهي محل اتفاق عندهم[(١)]، وإنما اختلفوا في تخريج بعض الفروع عليها لاختلافهم هل المسمى فيها مخالف لجنس المشار إليه أم لا؟ على أن متأخريهم ضبطوا «اختلاف الجنس وعدمه بفحش التفاوت في المقاصد وعدمه»[(٢)]، يقول البابرتي: «كل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار إليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فهما جنسان»[(٣)].

أما المذاهب الأخرى فاختلفت آراؤهم فيما ينظر إليه عند اجتماع الإشارة والتسمية واختلاف جنسيهما:

فالذي يظهر أن الأصل عند الشافعية إطلاق تقديم الإشارة خلافا لقاعدتنا، وهو ما عبروا عنه بقاعدتهم: «إذا اجتمعت الإشارة والعبارة واختلف موجبهما غلبت الإشارة»، وحملهم ذكر العبارة المخالفة للإشارة على الغلط.

وعلى العكس من ذلك، فإن مقتضى المذهب الحنبلي تقديم المسمى إذا كان الخلاف بينه وبين المشار إليه فاحشًا وفقًا لقاعدتنا، فإنهم قالوا في مثل ما

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/٨٩.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/٥٩٠.

(٣) العناية شرح الهداية للبابرتي ٥/٢٣.

ولو قال البائع: بعتك هذا البغل بكذا، فقال المبتاع: اشتريته فبان المشار إليه فرسا أو حمارا لم يصح البيع للجهل بالمبيع وعدم رؤيةٍ يحصل بها معرفته[١]. ويقول ابن قدامة: «ولنا أنه باعه غير ما سمى له فلم يصح كما لو قال بعتك هذه البغلة فإذا هو حمار أو هذا الثوب القز فوجده كتابا»[٢].

ومذهب المالكية قريب من ذلك، فعندهم أنه إذا سمى أحد المتعاقدين الشيء المشار إليه بغير اسمه لم يلزم العقد، «مثل قول البائع أبيعك هذه الياقوتة فيجدها غير ياقوتة أو يقول المشتري بعني هذه الزجاجة ثم يعلم البائع أنها ياقوتة فلا خلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري والبيع لا يلزم البائع»[٣].

وتقديم التسمية على الإشارة عند اختلافهما غير خاص بالعقود، فقد يقع في غيرها وهو ما تعبر عنه القاعدة الأعم: «إذا لم يكن المشار إليه من جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمي»[٤]. ومثل الحنفية لذلك في العبادات، بمن دخل في الصلاة مع شخص ونوى أنه مقتد بهذا الشاب فظهر أن المشار إليه شيخ فالاقتداء في هذه الصورة لا يصح عندهم، «لأنه وصفه بصفة خاصة لا يوصف بها من بلغ سن الشيخوخة، فقد خالفت الإشارة التسمية مع اختلاف الجنس، فلغت الإشارة واعتبرت التسمية بالشاب، فيكون قد اقتدى، بغير موجود، كمن اقتدى بزيد فبان غيره»[٥].

والقاعدة مصرحة بمجال تطبيقها وهو العقود وما في معناها.

---

(١) انظر: كشاف القناع للبهوتي ١٦٥/٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٤٨/٤.

(٣) انظر: منح الجليل لمحمد عليش ٢١٥/٥-٢١٦.

(٤) المبسوط للسرخسي ٦٨/٧، وبلفظ: "المشار إليه إذا كان من خلاف جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمى"، كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ١٢١/٢.

(٥) حاشية ابن عابدين ٤٢٦/١.

أدلة القاعدة :

لأن المسمى مثل المشار إليه وليس بتابع له[١]، ولأن التسمية تعرف الماهية والإشارة تعرف الصورة فكان اعتبار التسمية أولى؛ لأن المعاني أحق بالاعتبار[٢].

تطبيقات القاعدة :

١- من باع فصًّا حاضرًا وأشار إليه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد البيع[٣]؛ لأن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا، ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه[٤].

٢- إذا قال البائع: بعتك هذه البغلة فإذا هو حمار لم ينعقد العقد لأنه باعه غير ما سمى له[٥]، إذ الحمار والبغلة جنسان مختلفان، ومقتضى القاعدة أنه لو قال آجرتك هذه البغلة فإذا هو حمار، لم تصح الإجارة لأن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى، ويبطل لانعدامه.

٣- إذا قال البائع: بعتك هذه الدار على أن بناءها آجر، فإذا هو لبن لم ينعقد البيع. لأن الآجر مع اللبن يتفاوتان في المنفعة تفاوتا فاحشا كالجنسين المختلفين[٦]. ومقتضى القاعدة أنه لو قال آجرتك هذه

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/٣٤٤.

(٢) انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام ٣/٣٦٠.

(٣) انظر: منح الجليل لمحمد عليش ٥/٢١٥-٢١٦.

(٤) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازه ٥/١٥١.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٤٨.

(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٠.

الدار على أن بناءها آجر، فإذا هو لبن، لم تصح الإجارة لأن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى، ويبطل لانعدامه.

٤- من حلف: لا شربت هذا الخمر فصارت خلا فشربه لم يحنث إذ لم يشرب ما وقع عليه اسم الخمر[١]، واليمين معقودة على الاسم دون العين لأن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا وكان المشار إليه من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى، ويبطل لانعدامه.

٥- من باع ثوبا حاضرا وأشار إليه على أنه مصبوغ بعصفر، فإذا هو مصبوغ بزعفران لا ينعقد؛ لأن العصفر مع الزعفران يختلفان في اللون اختلافا فاحشا[٢]، والإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى، ويبطل لانعدامه.

٦- من حلف أن لا يأكل هذه الحنطة فطحنها أو خبزها أو قلاها فجعلها سويقًا ثم أكلها لم يحنث لأنه لم يأكل ما وقع عليه اسم قمح، واليمين معقودة على الاسم دون العين، فيحنث بما انطلق عليه ذلك الاسم، ولا يحنث بما زال عنه ذلك الاسم، وقد زال اسم الحنطة عنها بعد طحنها وخبزها[٣]، والإشارة مع التسمية إذا اجتمعا وكان المشار إليه من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ١٠/٤٨.

(٢) انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٣٤.

(٣) عند الشافعية، انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٥/٤٢١، والإمامية انظر: شرائع الإسلام للحلي ٣/١٣٥، خلافا للمالكية: انظر: المدونة الكبرى ٣/١٢٧، والإباضية على قول: انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤/٣١٢.

٧- من أشار إلى شيء وقال للمشتري بعتك هذا الدقيق، فتبين أن المشار إليه خبز لم ينعقد البيع؛ لأن الدقيق مع الخبز جنسان مختلفان؛ والإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في العقود وكان المشار إليه من خلاف جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى، ويبطل لانعدامه[1].

بدي أحمد سالم

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٠.



رقم القاعدة: ٩١٧

نص القاعدة: أَوَائِلُ الْعُقُودِ تُؤَكَّدُ بِمَا لَا يُؤَكَّدُ بِهِ أَوَاخِرُهَا[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ابتداء العقود آكد من انتهائها[٢].

٢- ابتداء العقود آكد من استمرار آثارها[٣].

٣- استدامة العقد أقوى[٤] من ابتدائه[٥].

قواعد ذات علاقة:

١- يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع[٦]. (أعم).

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي ١/٢٠٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٢٠، إيضاح القواعد الفقهية للحجي ص ١٠٣، الحاوي للماوردي ٦/٢٧٧.

(٢) الفروق للقرافي ٣/٢٩٧. ووردت في الفروع لابن مفلح ٥/٨٢ بلفظ: "ابتداء العقود آكد".

(٣) تهذيب الفروق للمالكي ٣/٢٩٦.

(٤) قد يبدو لأول وهلة أن هذه الصيغة تخالف مدلول القاعدة، وعند التأمل في تطبيقاتها يتبين أن الفقهاء قصدوا بها نفس معنى القاعدة الأصلية، ووجه ذلك أن الشيء بعد وجوده يكون قويا بحيث لا يسهل انتزاعه ورفعه، فيكون بقاؤه على ما هو عليه أيسر وأهون من رفعه، ويمكن أن يعبر عن ذلك أن الابتداء آكد، فيشترط فيه ما لا يشترط في الانتهاء، والحاصل أن المآل واحد، وإن اختلفت العبارات.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٦/١٠٣.

(٦) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٩١، شرح مختصر خليل للخرشي ٣/٢٢٦، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٣١، كشاف القناع للبهوتي ٤/٤٨٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- البقاء أسهل من الابتداء[1]. (أعم).

٣- الفساد الطارئ على بعض المعقود عليه لا يوجب فساد الجميع[2]. (أخص).

٤- يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في العقود[3]. (أخص).

٥- دوام النكاح أقوى من ابتدائه[4]. (أخص).

شرح القاعدة :

المراد بأواخر العقود: حالة البقاء والانتهاء.

ومعنى القاعدة: أن العقود يشدد في إنشائها وابتدائها ما لا يشدد في دوامها وانتهائها، فهي في حال انعقادها لا تقع صحيحة إلا إذا استوفت شروط صحتها وأركانها، فإن فقد شيء منها لم يصح العقد، ولم تترتب عليه أحكامه. أما إذا انعقدت مستوفية لشروطها وأركانها، فلا يؤثر فيها اختلال بعض الشروط في حال استمرارها وبقائها، فمن استأجر محلا بجزء من ريعه فسد العقد؛ لجهالة الأجرة، أما إذا طرأت الجهالة بعد انعقاد العقد فلا تؤثر في صحة العقد؛ فلو أجر شخص لآخر حصة شائعة في دار مثلاً: فالإجارة باطلة، أما لو أجر له الدار جميعها، ثم ظهر مستحق لحصة في تلك الدار، فالإجارة لا تبطل بالشيوع الطارئ، ويبقى للمستأجر الباقي من الدار بعد أخذ تلك الحصة

---

(١) المبسوط للسرخسي ١١٦/٤، بدائع الصنائع للكاساني ١١٤/٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أم لا؟".

(٢) المغني لابن قدامة ١٩٧/٤.

(٣) المنثور للزركشي ٣٧٩/٣، الأشباه للسيوطي ص ٢٩٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في ابتداء العقود".

(٤) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٨١/٣.

المستحقة منها، وكذلك لا يشترط في حلِّ العقود وفسخها ما يشترط في أصل العقد من وجود المعقود عليه، والقدرة على تسليمه، وغير ذلك مما ينبني عليه صحة العقد وانعقاده، «فيغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في العقود»[١].

وهذه القاعدة محل اتفاق بين الفقهاء في أصلها، ولا يؤثر في ذلك الاختلاف في بعض فروعها، وهي متفرعة عن قاعدة: «يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل»[٢]، وقاعدة: «يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع»[٣]، فأواخر العقود تابعة لأوائلها، فيغتفر فيها من اختلال الشروط والأركان ما لا يغتفر في ابتداء العقود.

أدلة القاعدة:

١- قاعدة: «يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع»[٤]، وأدلتها.

٢- لأن الشيء بعد وجوده يكون قويا، لا يسهل انتزاعه ورفعه، فكان بقاؤه على ما هو عليه أيسر وأهون من إبطاله.

تطبيقات القاعدة:

١- لو وقف على نفسه لم يصح؛ لتعذر تمليك الإنسان ملكه لنفسه؛ لأنه حاصل، ويمتنع تحصيل الحاصل، أما لو وقف على الفقراء فافتقر أو العلماء واتصف بصفتهم فله التناول معهم؛ لأنه لم يقصد نفسه،

---

(١) المنثور للزركشي ٣/٣٧٩، الأشباه للسيوطي ص ٢٩٣.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٠، حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٦/١٦٠.
(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٩١، شرح مختصر خليل للخرشي ٣/٢٢٦.
(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٩١، شرح مختصر خليل للخرشي ٣/٢٢٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

وإنما وجدت فيه الجهة التي وقف عليها[١]، وأوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أواخرها.

٢- العدة تمنع ابتداء النكاح لغير من هي منه، ولكن لو طرأت العدة على نكاح صحيح بوطء شبهة لم تقطعه[٢].

٣- إذا نكح المحرم فنكاحه باطل، ولكن للمحرم أن يراجع امرأته التي طلقها؛ لأن الرجعة ليست بابتداء نكاح، وأوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أواخرها[٣].

٤- عقد الذمة لا يعقد مع تهمة الخيانة، ولكن لو اتهم الذميون بعد العقد بالخيانة، وخيف منهم ذلك لم ينبذ إليهم عهدهم حتى تثبت الخيانة[٤].

٥- الشيوع في الإجارة يمنع من صحتها ابتداء؛ لأن الإجارة شرعت للانتفاع بعين المأجور، ومنفعة المشاع غير مقدورة الاستيفاء؛ لأن استيفاءها بتسليم المشاع، والحصة الشائعة لا يمكن تسليمها مفردة. لكن لو طرأ الشيوع بعد انعقاد الإجارة فإنه لا يفسدها، كما لو أجر أحد داره، ثم ظهر لنصفها مستحق تبقى الإجارة في نصفها الآخر، وإن كان شائعًا[٥].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٢١، أسنى المطالب ٢/ ٤٦٠.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/ ١٩٦، المبسوط ٨/ ٢٠، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/ ١٠٤، الحاوي للماوردي ٦/ ١٠٢.

(٣) انظر: الأم للشافعي ٥/ ١٩٠، المجموع للنووي ٧/ ٣٠٢-٣٠٤، المنثور ٣/ ٣٧٤، إيضاح القواعد الفقهية للحجي ص ١٠٣.

(٤) انظر: المنثور ٣/ ٣٧٤، الحاوي للماوردي ١٣/ ١٢٦.

(٥) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٩/ ١٠٠، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٤٦٦، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص٢٩٣، المدخل الفقهي لمصطفى الزرقا ٢/ ١٠٢٢.

٦- لو باع سيارتين بصفقة واحدة وثمن واحد، فتلفت إحداهما قبل قبضها ينفسخ البيع فيما تلف، ولا ينفسخ في الآخر، مع أن قسط السيارة الأخرى من الثمن مجهول، بل يتخير المشتري بين الفسخ والإجازة، فإن أجازه أخذ الباقي بحصته من الثمن المسمى، وذلك لأن الجهالة طارئة، وأوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به آخرها[١].

٧- لو عقد البيع بثمن مؤجل إلى أجل مجهول؛ كالحصاد والدياس لا يصح، ولو عقد خاليًا عن الأجل، ثم أجله بعد العقد إلى الحصاد أو الدياس يصح[٢].

٨- يشترط الولي لصحة عقد النكاح ابتداء، ولا يشترط ذلك عند إنهائه؛ لأن ابتداء العقود آكد من انتهائها[٣].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: المنثور ١/٢٠٧، تحفة المحتاج ٤/٣٢٨، نهاية المحتاج ٣/٤٨٢-٤٨٣، حاشية عميرة ٢/٢٣٣.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٩٣.

(٣) الفروق للقرافي ٣/٢٩٧، الذخيرة له ٥/٢٥٧.



رقم القاعدة: ٩١٨

نص القاعدة: العُقُودُ تَصِحُّ بِكُلِّ ما دَلَّ عَلى مَقْصُودِها مِنْ قَوْلٍ أو فِعْلٍ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- العقود تنعقد بما يدل على مقصودها من قول أو فعل[٢].

٢- جميع العقود تنعقد بكل ما دل عليها من قول أو فعل[٣].

٣- العقود تصح بكل ما دل عليها[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يحكم فيه العرف[٥]. (أعم، دليل).

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٣/٢٩، القواعد النورانية له ص ١١٠.

(٢) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٩/٢١٥، مجموع الفتاوى ٢٠/٥٤٣، وقد عزياه إلى أصول الإمام أحمد.

(٣) الشرح الممتع لابن عثيمين ٩/٥٥. وفي لفظ آخر: "جميع العقود تنعقد بما دل عليها عرفًا" المصدر نفسه ١٢/٤٠.

(٤) القواعد والضوابط المتضمنة للتيسير لعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف ١/١٦٩.

(٥) المنثور للزركشي ٢/٣٩١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصًّا أو دلالة[١]. (أعم، دليل).

٣- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[٢]. (عموم وخصوص وجهي).

٤- ينعقد النكاح بما عده الناس نكاحًا، بأي لغة ولفظ كان[٣]. (أخص).

٥- الوكالة تصح وتنعقد بكل ما دل عليها في العرف[٤]. (أخص).

شرح القاعدة :

هذه قاعدة مهمة في مجال العقود والمعاملات، وبخاصة في عصرنا الحاضر حيث أصبح الناس لا يلتزمون في عامة معاملاتهم ألفاظًا معينة، كما انتشر التعاقد بالفعل من دون نكير في أشياء لا تحصر.

هذه القاعدة مبناها على القواعد الثلاث الأولى، ومفادها: أن العقود – سواء أكانت عقود المعاوضات، أو عقود التبرعات - تصح وتنعقد بكل لفظ أو فعل دل على مقصود العاقدين ورضاهما، ولا يشترط أن يختص انعقاد كل عقد بصيغة معينة لا يجوز بغيرها، بل إن أي لفظ أو فعل يدل على الرغبة في هذه المعاملة ويحقق المقصود فإنه يكون كافيًا شرعًا في الانعقاد، ويكون ذلك خاضعًا للأعراف واختلافها من بلدٍ إلى بلد[٥].

---

(١) المجلة – وشروحها – المادة ٦٤. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كلام الناس يجري على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد".

(٢) المجلة – وشروحها – المادة ٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الإقناع للحجاوي ٣/١٦٧. وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) مواهب الجليل للحطاب ٥/١٩٠.

(٥) انظر: قواعد البيوع وفرائد الفروع للسعيدان (نسخة مرقونة ص ٢١).

هذا هو الأصل في العقود عند كافة الفقهاء: أن تنعقد بالأقوال؛ لوضوح دلالتها على إنشاء العقد[١]، وتنعقد العقود – في الجملة - بكل لفظ يدل عليها عند عامة الفقهاء ولا تتقيد بألفاظ معينة، بل كل لفظ دل على المقصود، وفهم منه مراد العاقدين فهو لفظ معتبر في صيغة الإلزام؛ لأن المقصود المعنى، فجاز التعبير بكل ما يدل عليه، هذا ما دلت عليه نصوص الفقهاء في مختلف المذاهب، فمن ذلك، مثلاً:

قال الحنفية: «البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظي الماضي مثل أن يقول أحدهما بعث والآخر اشتريت... وقوله: رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لأنه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس وهو الصحيح لتحقق المراضاة»[٢].

وقال الزركشي مبينًا مذهب الشافعية: «ليس لنا عقد يختص بصيغة إلا شيئين النكاح والسلم»[٣].

وقال المالكية: إن «كل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود إلا أن في الألفاظ ما هو صريح مثل، بعتك بكذا فيقول قبلت أو ابتعت منك فيقول بعت فهذا يلزمهما، وأما الألفاظ المحتملة، فلا يلزم البيع بها بمجردها حتى يتنزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع»[٤].

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لمحمد أبي زهرة ص ٢٠٤.

(٢) الهداية للمرغيناني ٢١/٣، لسان الحكام لابن أبي اليمن الحنفي ص٣٥٠. وانظر أيضًا: العناية للبابرتي ٣٦٧/٨، فتح القدير لابن الهمام ٢٥١/٦.

(٣) المنثور للزركشي ٤١٢/٢. وقال العز بن عبد السلام: "لا يتعين للعقود لفظ إلا النكاح" قواعد الأحكام ٧٧/٢.

(٤) مواهب الجليل للحطاب ٢٢٩/٤.

وقال ابن قدامة من الحنابلة: «الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما؛ لعدم التعبد فيه»(١).

وجاء في البحر الزخار من مصادر الفقه الزيدي: «ينعقد [يعني البيع] بكل لفظ يقتضي التمليك عرفا»(٢).

وقال الإباضية: «ينعقد [يعني البيع] بكل لفظ يدل على المعاوضة بنفسه، كعوضت وأبدلت، أو بغيره»(٣).

ومن أوسع الفقهاء قولاً في إبرام العقد بكل ما يدل عليه الإمام ابن تيمية - ومن وافقه – حتى لم يستثن من هذه القاعدة شيئًا، وقد قرر هذا المعنى في أكثر من موضع، من ذلك أنه بعد أن ذكر تنازع الفقهاء في الإجارة، هل تنعقد بلفظ البيع ؟ قال: «والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت فأي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما انعقد به العقد وهذا عام في جميع العقود فان الشارع لم يحد في ألفاظ العقود حدا بل ذكرها مطلقة فكما تنعقد العقود بما يدل عليها من الألفاظ الفارسية والرومية وغيرهما من الألسن العجمية فهي تنعقد بما يدل عليها من الألفاظ العربية ولهذا وقع الطلاق والعتاق بكل لفظ يدل عليه وكذلك البيع وغيره. وطردُ هذا النكاح، فإن أصح قولي العلماء أنه ينعقد بكل لفظ يدل عليه لا يختص بلفظ الإنكاح والتزويج»(٤).

ومع أن «النطق هو الأصل في البيان، ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة أخرى اختيارية أو اضطرارية مما يمكن أن تعبر عن الإرادة الجازمة تعبيرًا كافيًا

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٥.

(٢) البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٤/٢٩٨.

(٣) شرح النيل لأطفيش ٨/٢٠٤.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/٥٣٣ – ٥٣٤.

مفيدًا. وعلى هذا أقر الفقهاء أنه يقوم مقام النطق في الإيجاب والقبول إحدى وسائل ثلاث أخرى، وهي: الكتابة، وإشارة الأخرس، والتعاطي»[١].

غير أن الفقهاء اختلفوا في صحة العقود بالتعاطي:

فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية والحنابلة – وهو وجه عند الشافعية، وصرح النووي باختياره له في عقد البيع[٢] - إلى أن العقد ينعقد ويصح – في الجملة – بالفعل (المعاطاة) إذا وجد من العاقدين ما يدل على الرضا؛ لأن المقصود المعنى، والفعل يدل على الرضا عرفا[٣].

وذهب عامة فقهاء الشافعية والحنابلة في قول[٤]، والإباضية في الصحيح عندهم، وكذا عند الإمامية، إلى عدم صحة العقود بالتعاطي[٥]؛ وذلك لأن مبنى العقود على التراضي، والرضا أمر خفي لا يطلع عليه، والأفعال ليست لها دلالة بأصل وضعها على الالتزامات، وعلى رضا الشخص، فنيط الحكم

---

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا ٣٢٦/١.

(٢) قال النووي – رحمه الله تعالى: "وقال مالك رضي الله عنه ينعقد بكل ما يعده الناس بيعا واستحسنه ابن الصباغ. قلت هذا الذي استحسنه ابن الصباغ هو الراجح دليلا وهو المختار لأنه لم يصح في الشرع اشتراط لفظ فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ. وممن اختاره المتولي والبغوي وغيرهما" روضة الطالبين للنووي ٣٣٧/٣. وانظر أيضًا: المجموع له ١٦٢/٩ – ١٦٣، شرح النووي على صحيح مسلم ٣٣/١١، أشباه السيوطي ص ٩٩.

(٣) انظر ما تقدم في مجموع الفتاوى الموسوعة الفقهية ١٩٨/١٢، و٢١٥، و٢٧٧/٣١- ٢٧٨ وخص بعض الشافعية والحنفية والحنابلة والإباضية جواز بيع المعاطاة – وفي معنى البيع سائر عقود المعاوضات- بالمحقرات، ومنهم من نسب هذا القول إلى الحنفية، لكن المذهب عندهم أن المعاطاة جائزة في الحقير والخطير. انظر: مجموع الفتاوى ٢٩/٦، وراجع أيضًا: فتح القدير لابن الهمام ٢٤/٣، شرح النيل لأطفيش ٦٠٧/١٤، الموسوعة الفقهية ١٩٨/١٢.

(٤) انظر مجموع الفتاوى ٥/٢٩ فما بعدها.

(٥) وهذا القول عزاه الشيخ محمد أبو زهرة إلى الظاهرية أيضًا. انظر: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية له ص ٢٠٥.

بالسبب الظاهر، وهو القول المعبر المنبئ عن حقيقة النية، والمنبئ عن تعهدات النفس التي تتقيد بآثارها[١].

قال العز بن عبد السلام: «قاعدة الشافعي أن العقود لا تنعقد بالأفعال»[٢].

وقال في شرح النيل: «منع بيع المعاطاة بلا لفظ، والصحيح منعه»[٣].

وقال القمي من الإمامية – ضمن محترزات تعريف البيع: «واحترازا أيضًا عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة ويقول: أعطني بقلا، فيعطيه، فإن ذلك ليس ببيع وإنما هو إباحة للتصرف من كل واحد منهما فيما أخذه، تصرفا مباحا من غير أن يكون ملكه. وفائدة ذلك، أن البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل، وأراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك؛ لأن الملك لم يحصل لهما»[٤].

ومن تصح عندهم العقود بكل ما دل عليها من قول أو فعل، فمن باب الأولى أن تصح عندهم الفسوخ كذلك بكل ما دل عليها [٥]؛ لما تقرر شرعًا من أنه «يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في العقود»[٦].

وتجدر الإشارة إلى أن الخلاف في هذه القاعدة قد انقرض عمليًّا – أو يكاد - في الوقت الراهن واستقر الاجتهاد الفقهي المعاصر على صحة العقود -

---

(١) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/٣، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص٢٠٥.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٦٤.

(٣) شرح النيل ١٤/٦٠٧.

(٤) جامع الخلاف والوفاق للقمي ١/٥٢. وانظر أيضًا: اللمعة الدمشقية للعاملي ١٩/٩٣، الروضة البهية له ٣/٢٢، تقريرات البيع لكل بايكاني ص ٣٤ فما بعدها.

(٥) انظر: الشرح الممتع لابن عثيمين ١٢/٤٠، مجلة البحوث الإسلامية ٧٣/١٣١، الموسوعة الفقهية ١٢/٢٠٠.

(٦) أشباه السيوطي ص٢٩٣.

وكذلك الفسوخ - بالمعاطاة إذا وجد من القرائن الحالية أو العرفية ما يدل على التراضي بها.

أدلة القاعدة :

١- جميع النصوص التي أجازت العقود من دون تقييد بصيغة أو فعل معينين، منها:

- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩].

- قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾ [النساء: ٤]

وقد بين ابن تيمية - رحمه الله تعالى - أن الدلالة من الآيتين الكريمتين من وجهين:

الأول : هو أن الآية الأولى اكتفي فيها بالتراضي في البيع، واكتفي في الثانية بطيب النفس، والآية الأولى في جنس المعاوضات، والثانية في جنس التبرعات «ولم يشترط لفظا معينا ولا فعلا معينا يدل على التراضي وعلى طيب النفس ونحن نعلم بالاضطرار من عادات الناس في أقوالهم وأفعالهم أنهم يعلمون التراضي وطيب النفس بطرق متعددة. والعلم به ضروري في غالب ما يعتاد من العقود»[١].

والوجه الثاني : أن هذه الأسماء جاءت في كتاب الله وسنة رسوله معلقا بها أحكام شرعية وكل اسم فلا بد له من حد، وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع: فالمرجع فيه إلى عرف الناس، ومعلوم أن البيع والإجارة والهبة ونحوها لم يحد الشارع لها حدا؛ لا في كتاب الله ولا سنة رسوله ولا نقل عن

---

(١) مجموع الفتاوى ١٥/٢٩.

أحد من الصحابة والتابعين أنه عين للعقود صفة معينة من الألفاظ أو غيرها أو قال ما يدل على ذلك: من أنها لا تنعقد إلا بالصيغ الخاصة، فدل ذلك على أنها تنعقد بكل ما يدل عليها من قول أو فعل[١].

٢- إن العبرة في العقود بالقصود والمعاني، وليست بالألفاظ والمباني، فكل لفظ دل على الرضا من العاقدين صح العقد به.

تطبيقات القاعدة:

١- الوكالة تصح وتنعقد بكل ما دل عليها في العرف، قولاً كان أو فعلاً، ولا يشترط لانعقادها لفظ مخصوص[٢].

٢- لو اشترى أحد شيئًا وأعطى للبائع مالاً وقال له: أمسك هذا المال عندك مقابل دَينك أو مالك إلى أن أعطيك ثمن المبيع. يكون قد رهن ذلك المال[٣].

٣- عقد الأمان ينعقد بكل ما يدل عليه، ولو الإشارة من القادر على النطق، أو الكتابة[٤]، فلو قال له: أنت آمن أو لا بأس عليك أو آجرتك أو قف أو قم ولا تخف أو لا تخش أو لا خوف عليك أو لا تذهل أو الق سلاحك، فقد أمنه[٥].

٤- عقد المضاربة ينعقد بلفظ المضاربة والقراض وبكل ما يؤدي

---

(١) انظر: المصدر السابق، في الموضع نفسه. وراجع أيضًا: الروضة الندية للعاملي ٢/٩٣.

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي ٨/٢١، مواهب الجليل للحطاب ٥/١٩٠، منار السبيل لابن ضويان١/٣٦٥.

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، شرح المادة ٧٠٧ (٤/٧٢).

(٤) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٨٩٠.

(٥) انظر: الإقناع للحجاوي ٢/٣٧.

معناهما؛ لأن القصد المعنى فجاز بكل ما دل عليه[١]، كأن يقول له: خذ هذا المال واعمل به على أن يكون نصف الربح أو ثلثه لك، أو خذ رأس المال هذا واشتر به متاعا وإذا حصل منه ربح فكذا منه لك، أو خذ رأس المال بالنصف فهو إيجاب، وقول الطرف الآخر: قبلت، أو لفظا يفيد هذا المعنى هو قبول[٢].

٥- الوقف ينعقد بكل قولٍ أو فعل أو عرف دال على مقصوده، فيصح بالقول وبالفعل الدال على مقصوده كمن جعل أرضه مسجدًا وأذِن للناس في الصلاة فيها أو أذَّن فيه وأقام أو جعل أرضه مقبرة وأذِن للناس في الدفن فيها أو حفر بئرًا وجعل عندها دلاءً كثيرة أو غير ذلك من التصرفات الدالة على الوقف. وأما الأقوال فكقوله أوقفت وحبست وسبَّلت وتصدَّقت وأبَّدت وحرَّمت ونحو ذلك من الألفاظ وذلك لأن المعاملات تصح بما يدل على مقصودها من قولٍ أو فعل أو عرف[٣].

٦- الهبة والعطية، من جملة المعاملات فتدخل تحت هذا الأصل المتقرر فتصح بما يدل عليها من قولٍ أو فعل أو عرف ولا يشترط لانعقادها لفظ معين[٤].

٧- يصح الشراء من المكائن الأتوماتيكية - مثل شراء قارورة مياه أو

(١) هذا مذهب جمهور الفقهاء. انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٤٥١، المغني لابن قدامة ٥/١٦، الموسوعة الفقهية ٣٨/٤٠.
(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣/٤٥١.
(٣) انظر: الفروع لابن مفلح ٤/٤٤١، قواعد البيوع وفرائد الفروع للسعيدان (نسخة مرقونة ٢٢).
(٤) انظر: كشف المخدرات لعبد الرحمن البعلي ١/٣٤٤، قواعد البيوع وفرائد الفروع للرشيدان (نسخة مرقونة ص ٢٢).

غيرها من الثلاجات الموضوعة في أماكن عامة؛ لأنه صورة من المعاطاة الصحيحة[١].

٨- يجوز إيداع النقود في مكائن الصراف الآلي لبنك من البنوك الإسلامية التي يجوز التعامل معها؛ لأن الإيداع – أو السحب - بهذه الطريقة صورة من صور المعاطاة الصحيحة التي جرى العرف بها[٢].

٩- الحوالة تصرف من التصرفات التي لا تحتاج إلى إيجاب وقبول، وتصح بكل ما يدل عليها: كأحلتك وأتبعتك بدينك على فلان... ونحو ذلك[٣].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

***

(١) انظر: مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ص ١١٩.

(٢) انظر: فتاوى الشبكة الإسلامية، رقم الفتوى ٤٧٦٩٨ شروط الاستفادة من بطاقات الفيزا.

(٣) انظر: فقه السنة لسعيد حوى ٣/٢١١.

رقم القاعدة: ٩١٩

نص القاعدة: تَسْلِيمُ المَعْقُودِ عَلَيْه مُقَرِّرٌ لِلْبَدَلِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- تسليم المبدل يوجب تقرر البدل[٢].

٢- من سلم المبدل وجب له البدل[٣].

٣- تَقَرُّر الْمُبْدَلِ يُوجِبُ تَقَرُّرَ الْبَدَلِ[٤].

٤- لا يجب البدل إلا بعد تسليم المبدل[٥].

٥- تسليم المعوض يوجب تقرر البدل[٦].

٦- استيفاء المعقود عليه يقرر البدل[٧].

٧- البدل في المعاوضات يتقرر بتسليم المبدل[٨].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٩٩/٥، فتح القدير لابن الهمام ٩٩/٣.
(٢) فتح القدير لابن الهمام ٩٩/٣.
(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار للمودودي ٤٠/٣.
(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٤٦١/٢.
(٥) شرح الأحكام الشرعية في الأحوال للأبياني ١١٨/١.
(٦) المبسوط ٧/٧.
(٧) بدائع الصنائع ٤٥٧/٢.
(٨) البناية للعيني ٦٦٩/٤.

قواعد ذات علاقة :

١- المعاوضة مبناها على المعادلة والمساواة[١]. (أعم).

٢- البدل بمقابلة المبدل[٢]. (معللة).

٣- تفويت المبدل على صاحبه يوجب سقوط البدل[٣] (مقابلة).

٤- استيفاء غير المعقود عليه لا يوجب البدل[٤]. (متكاملة).

شرح القاعدة :

التقرر بمعنى الثبوت[٥] والمراد به التسليم والاستحقاق. والبدل والمبدل يطلقان في قسم العقود على المعوض والعوض، ومعنى تقرر البدل: أي استحقاق العوض، وصحة المطالبة به من جهة الذي له الحق.

وهذه القاعدة من أهم تفريعات مبدأ المساواة ووجوب التعادل في عقود المعاوضات ما أمكن ومعناها: أن العوض في العقود - سواء كانت واردة على الأعيان كالبيوع أو المنافع كالإجارات - يتأكد في الذمة وتتوجه المطالبة الشرعية بإيفائه على سبيل اللزوم والحتم من قبل المحقوق، وتصح المطالبة به من جهة المستحِق، إذا استوفى مُبْدَلَهُ ومُقَابِلَهُ[٦]، وهذا يعني أن البدل لا يجب إلا بعد تسليم المبدل.

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٦٦/٣٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المبسوط ١٣٦/٢٦.

(٣) بدائع الصنائع ٤٦١/٢. وفي لفظ: "فـوات المبدل يوجب سقوط البدل " الحاوي الكبير للماوردي ٤٣٩/١١.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٦٥/١٥.

(٥) تاج العروس للزبيدي ٣٩٢/١٣.

(٦) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٢٩٨/٣.

فالأصول موضوعة في الشرع على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض، فالبائع إذا سلم المبيع وجب على المشتري تسليم الثمن، والمؤجر إذا سلم العين المؤجرة وجب على المستأجر تسليم الأجرة في الوقت المتفق عليه أو الذي تتوجه فيه المطالبة عادة، وكالزوجة إذا دخل بها زوجها تأكد تمام مهرها وثبت لها الحق في المطالبة باستيفائه مالم يصرح في العقد بتأجيله[١].

وتفيد القاعدة أن تقرر البدل إنما يكون بتسليم المعقود عليه نفسه، فليس كل مبدل يُسَلَّمُ إلى مستحقه يوجب تسليم البدل، وإنما يتقرر البدل بتسليم عين ما وقع عليه العقد، فإذا أعطي العاقد غير المعقود عليه أو صار المعقود عليه إلى وصف يجعله غير قابل لحكم العقد شرعا، ثم قام العاقد بتسليمه إلى الآخر، فلا يلزم المشتري تسليم البدل، وهذا ما تفيده القاعدة الأخرى: «استيفاء غير المعقود عليه لا يوجب البدل»، كما إذا كان المعقود عليه دابة معينة فأعطي دابة غيرها، وكما إذا كان محل العقد خلاً فتخمر، فقام البائع بتسليمه للمشتري، فلا يلزم المشتري تسليم الثمن ولا يصح من البائع المطالبة به[٢].

فكما أن تسليم المبدل موجب لتسليم البدل، فكذلك «فوات المبدل موجب لسقوط البدل».

والقاعدة وإن كانت مشهورة عند الحنفية، إلا أن معناها حاضر عند غيرهم أيضًا – في الجملة – وإن كانوا يختلفون في تفاصيل بعض فروعها، من ذلك – مثلاً – عقد النكاح، هل يجب المهر (البدل) كاملاً بمجرد الخلوة الصحيحة – كما يقول الحنفية ومن وافقهم – أو لا بد من الدخول الحقيقي

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤٩/٥، الفروق للكرابيسي ١٣٧/١، البيان للعمراني ٤٠٣/٩، الحاوي الكبير للماوردي ٣٩٥/٩ – ٣٩٦، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٢٩٨/٣.

(٢) انظر: المبسوط ١٤٩/٥.

بالزوجة، كما يقول الشافعية ومن وافقهم؟[١].

ومن ذلك أيضًا اختلافهم في وجوب الأجرة في الإجارة الفاسدة، هل تجب بمجرد التخلية ومضي مدة الإجارة، انتفع المستأجر بالعين المستأجرة أو لم ينتفع بها – كما يقول الشافعية ومن وافقهم - أو لا تجب إلا باستيفاء المنفعة، كما يقول الحنفية ومن وافقهم؟[٢].

ومجال القاعدة يشمل قسم العقود بشقيها الواردة على الأعيان والواردة على المنافع وما يتصل بهما.

أدلة القاعدة:

١- عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ: قال الله عز وجل: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره»[٣].

فالحديث فيه وعيد على الامتناع من دفع الأجرة (البدل) إلى الأجير بعد الفراغ من العمل (المبدل) أو على ترك الإيفاء في الوقت الذي تتوجه فيه المطالبة، فأفاد النصان أن الأجرة تستحق بالعمل[٤] ويقاس على الإجارة غيرها من العقود.

٢- قاعدة «المعاوضة مبناها على المعادلة والمساواة»؛ لأنها أعم من هذه، ومعلوم أن أدل الأعم تكون أدلة للأخص منه.

---

(١) انظر: المبسوط ١٤٨/٥ – ١٤٩.

(٢) انظر: التجريد للقدوري ٣٦٩٨/٧، بدائع الصنائع ١٩٥/٤.

(٣) رواه البخاري ٨٢/٣ (٢٢٢٧)، ٩٠ (٢٢٧٠)

(٤) انظر: الجوهرة النيرة للعبادي ٢٥٩/١، المغني لابن قدامة ٢٥٦/٥، كشاف القناع للبهوتي ٤١/٤، نيل الأوطار للشوكاني ٣٥٣/٥، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٦/١٠، ٧.

تطبيقات القاعدة :

١- لو أن شخصا اشترى دابة من آخر وبادر البائع بتسليمها إليه ولم يتضمن العقد شرطا بتأجيل الثمن، وجب على المشتري تسليم الثمن للبائع[١]؛ لأن تسليم المبدل.

٢- إذا مكَّن المؤجرُ المستأجرَ من العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة تأكدت الأجرة على المستأجر، لأن المنفعة وهي المبدل في عقد الإجارة تتقرر بالتسليم أو التمكين، وتقرر المبدل يوجب تقرر البدل[٢].

٣- لو أن إنسانا استأجر شخصا آخر ليخدمه وجب عليه دفع الأجرة إلى الأجير إذا شرع في العمل؛ لأن الإجارة على الخدمة إجارة خاصة، وتبرأ ذمة الأجير فيها بتسليم نفسه للعمل، وبه يستحق الأجرة[٣]؛ لأن تقرر المبدل يوجب تقرر البدل.

٤- إذا أعطى إنسان قطعة قماش لخياط ليخيطها له ثوبا لقاء أجر معلوم، جاز للخياط بعد الفراغ من العمل وإتمامه على الوجه المتفق عليه حبس الثوب حتى يستوفي أجرته[٤]؛ لأن تقرر المبدل يوجب تقرر البدل.

٥- إذا استأجر إنسان سيارة ليسافر بها إلى مدينة معينة، وتسلمها من المؤجر، ولم يتضمن العقد شرطا يقضي بأن تأكد الأجرة موقوف على السفر، ثم عدل المستأجر عن السفر لعذر خاص به - لا

---

(١) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ١٤١/٣.

(٢) انظر: البناية للعيني ٦٦٩/٤، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٢٦/٦، مغني المحتاج للشربيني ٤٣/٣.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣٨/٥، القواعد لابن رجب ص ٧٠، شرائع الإسلام للحلي ١٤٣/٢.

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي ٨٢/٦.

بالمعقود عليه - وجبت عليه الأجرة؛ لأن تسليم العين المستأجرة بمنزلة استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة[١]، وتسليم المبدل مقرر للبدل.

٦- إذا استحقت الدار المشتراة بالشفعة وحكم القاضي بها للشفيع وجب عليه تسليم الثمن للمشتري[٢]؛ لأن تقرر المبدل يوجب تقرر البدل.

٧- إذا دخل الزوج على زوجته فقد استوفى المستحق له بالعقد، وجاز للزوجة أن تطالب باستيفاء المعجل من صداقها[٣]؛ لأن تقرر المبدل يوجب تقرر البدل.

د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر: تحفة المحتاج ٦/١٨٦.

(٢) انظر: التاج والإكليل للمواق ٧/٣٩٣، الروضة البهية للعاملي ٤/٣٩٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٩١، الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي ٢/٣٦، منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش ٣/٤٣٢، الأم للإمام الشافعي ٥/٦٢، المغني لابن قدامة ٧/١٧٠، ١٧١، البحر الزخار لابن المرتضى الزيدي ٤/٦٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٦/١٧٣.

رقم القاعدة: ٩٢٠

نص القاعدة: مَا لاَ يُتَصَوَّرُ فِيهِ التَّسْلِيمُ بِحُكْمِ العَقْدِ لاَ يَكُونُ مَحَلا لِعُقُودِ المـُعَاوَضَةِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما لا يمكن تسليمه عند استحقاق المطالبة به لا يكون محلا للعقد[٢].

٢- التزام تسليم ما لا يقدر عليه بعقد المعاوضة لا يجوز[٣].

٣- لا يصح تعهد عمل مستحيل أو تعهد تسليم شيء غير مقدور التسليم[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- ما امتنع وجوده لا يقبل الملكية[٥]. (أعم).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٥/١٠٩.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٧/٢٤.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٦/٤١.

(٤) الموجبات والعقود للمحمصاني ٢/٦٩.

(٥) فقه الصادق للروحاني ٢١/٢٥.

٢- ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يرجع إلى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة فبيعه باطل[١]. (متفرعة).

٣- ظاهر دخول العاقد في العقد إقرار بكونه قادرًا على تسليم بدله[٢]. (بيان وتفسير).

٤- استحقاق تسليم العوض يقتضي بقاء المعوض قابلاً للتسليم أما مع تعذره فلا[٣]. (متفرعة).

٥- المعاوضة يفسد حكمها بالغـرر[٤] . (أعم).

٦- ما عجز عن تسليمه شرعا لا لحق الغير فهل يبطل لتعذر التسليم أو يصح نظرا إلى كون النهي خارجا عنه[٥]. (متفرعة).

٧- عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة[٦]. (أعم).

٨- المعدوم لا يصح بيعه[٧]. (متفرع).

٩- المعجوز عن تسليمه وتسلمه شرعا كالمعجوز عنه حسا[٨]. (متفرعة).

١٠- البيع لا يصح إلا فيما هو مقدور التسليم للعاقد[٩]. (متفرع).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٦٨/٥.
(٢) انظر: الفروق للكرابيسي ١٣٧/١.
(٣) الذخيرة للقرافي ٣٧٣/٤.
(٤) الذخيرة للقرافي ١٠٤/٩.
(٥) الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢٨٨/٢.
(٦) انظر تبيين الحقائق للزيلعي ٤١٤/٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٧) كشاف القناع للبهوتي ١٦٢/٣. وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "بيع المعدوم باطل".
(٨) انظر: الفتاوى لابن حجر الهيتمي٧/٣.
(٩) المبسوط للسرخسي ٢٢/١١، وانظر: الإقناع للماوردي ٩٢/١، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ١٧٩/٢. وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز".

شرح القاعدة :

المقصود الأول من إبرام عقود المعاوضات هو تداول ما يحتاج إليه الناس في معاشهم وما به قوام حياتهم على وجه لا نزاع فيه ولا مشاحنة أي بالتراضي والاختيار، وتشمل هذه العقود تبادل الأعيان والمنافع والحقوق من بيع وإجارة واستصناع وغير ذلك[١].

لذلك أوجب الشارع بناءَ عقود المعاوضات على أوصاف محدَّدة بيِّنة، ووضع للبدلين شروطا لابد من توفرها حتى تجري هذه العقود على الوجه الصحيح، ويُعلم صحيحها من فاسدها وجائزها من محظورها، وجميع هذه الأوصاف والشروط إنما مآلها في نهاية الأمر إلى تمكين طرفي العقد من التسليم والتسلم للعوضين وإلا عري العقد عن المقصود وفات بذلك الغرض المطلوب[٢]، وبالتالي لابد أن يكون العاقدان قادرين على تسليم بدليهما حتى يصح العقد. وإقدام العاقد العاقل على إبرام عقد المعاوضة ظاهره قدرته على التسليم والتسلم، وهذا ما دلت عليه القاعدة: «ظاهر دخول العاقد في العقد إقرارٌ بكونه قادرًا على تسليم بدله».

فاشتراط الفقهاء العلم بالثمن والمثمن في عقود المعاوضات - وهو داخل عند الفقهاء في شرط انتفاء الجهالة - وبيانهم درجات الجهالة وما يؤثر منها وما يغتفر؛ إنما القصد منه التأكيد على شرط القدرة على التسليم؛ إذ إن المعقود عليه الذي لا يتصور فيه القدرة على التسليم لا يصح ولا يصلح أن يكون محلا للتعاقد، يقول الكاساني: «وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فضروب؛ منها: أن يكون المعقود عليه معلومًا علمًا يمنع من المنازعة، فإن كان مجهولا؛ ينظر

(١) انظر: شرح ميارة الفاسي على التحفة ٢/١٣٣، بلغة السالك حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٣/٤.

(٢) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣/١٢.

إن كانت تلك الجهالة مفضية إلى المنازعة تمنع صحة العقد وإلا فلا، لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم؛ فلا يحصل المقصود من العقد؛ فكان العقد عبثًا لخلوه عن العاقبة الحميدة، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة؛ يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود»[١]. وإذن لابد من أن يكون البدل معلومًا لأن تسليمه واجب، والجهالة تمنع التسليم[٢] فلا يصح معها العقد بناءً على قاعدة: «عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة».

وقد منع الفقهاء عقود المعاوضات المشتملة على الغرر الفاحش - ومنها ما يرجع إلى الغرر الناتج عن تعذر التسليم والتسلم - كبيع البعير الشارد وبيع الجنين في البطن دون بيع أمه، وبيع الأم واستثناء جنينها، وبيع ما لم يخلق - كبيع حبل الحبلة وهو نتاج ما تنتج الناقة - وبيع المضامين؛ وهي ما في ظهور الفحول[٣]. فبيع ما لا يقدر على تسليمه قد يكون الغرر والخطر فيه من ناحية الآثار الخارجية، أي التسليم والتسلم وإن ملك البائع المبيع؛ لأن الملكية المجردة لا يترتب عليها شيء؛ ولا يبذل العقلاء بإزائها شيئًا[٤]. وهو ما قُرِّر في الضابط: «البيع لا يصح إلا فيما هو مقدور التسليم للعاقد»، وفي القاعدتين: «ما امتنع وجوده لا يقبل الملكية» و«المعاوضة يفسد حكمها بالغرر».

يضاف إلى ما ذكر بيانُ الفقهاء لما يجوز وما لا يجوز من الشروط، وتأكيدهم على شرط السلامة في العوضين، وإثباتهم لحق الرجوع والرد بالعيب، وتوضيحهم لطرق التسليم من إقباض وتخلية وتمكين وغير ذلك، وتأكيدهم على ضرورة الالتزام بالشروط وما سوى ذلك من الأمور التي قصدوا

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٧٩-١٨٠.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٣١٧.

(٣) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٨٠-٢٨١.

(٤) انظر: فقه الصادق للروحاني ١٨/٣٣٦، منية الطالب للخوانساري ٢/٣٤٢.

من ورائها ضمان حصول التسليم والتسلم على وفق مقاصد الشارع ثم على مراد العاقدين.

والحاصل إذن أن التزام العاقد بعقد لا يقدر فيه على تسليم ما عاقد عليه غيره، أو لا يستطيع ذلك الغير تسليمه المتعاقد عليه؛ غير جائز شرعًا ولا عقلاً، إذ لا بد من القدرة على التسليم شرعًا وحسًّا؛ بأن يكون كلا العاقدين قادرين على تسلم وتسليم ما انتقل من ملكية أحدهما إلى ملكية الآخر، فقد تكون القدرة الحسية موجودة، والعاقد قادر على الإنفاذ لكنه ممنوع من ذلك شرعًا - كالتعاقد على الخمر - لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم[١]. أو أن يتعلق بالعين المتعاقد عليها حق للغير أو يترتب على تسليمها إلحاق الضرر به ولو كانت مملوكة للبائع، إذ لا بد مع الملك من شروط أخرى كالقدرة على التسليم والتسلم شرعًا وحسا؛ لأن تعلق الحق بالعين يوجب عجز العاقدين عن التسليم والتسلم؛ وذلك العجز مبطل للبيع لرجوعه إلى معنى متعلق بذات المعقود عليه هو العجز عن تسليمها أو تسلمها[٢]. وهذا ما دلت عليه القاعدة: «ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر -يرجع إلى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة - فبيعه باطل» والقاعدة: «المعجوز عن تسليمه وتسلمه شرعًا كالمعجوز عنه حسًّا».

وهذه القاعدة هي من القواعد التي جرى عليها العمل في جميع المذاهب الفقهية نظرًا لمعقولية مضمونها.

(١) انظر: الهداية شرح البداية للمرغيناني ٣٢/٤.

(٢) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٧/٣.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والمعاملة بما لا يقدر على تسليمه أكل للمال بالباطل[١].

٢- قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠]، فبيع ما لا يقدر على تسليمه من الميسر والقمار؛ لأن موجب البيع تسليم المبيع، والبائع عاجز عنه والمشترى إنما يشتريه مخاطرة ومقامرة فإن أمكنه أخذه كان المشترى قد قمر البائع وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قد قمر المشترى[٢].

٣- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر[٣]. وبيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز لأنه غرر، ولهذا قال ابن مسعود لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر[٤].

٤- حديث حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ قال له: «لا تبع ما ليس عندك»[٥]، فالنبي ﷺ قال هذا الكلام جوابًا لحكيم بن حزام رضي الله عنه حين سأله عن كونه يبيع الشيء ثم يمضي فيشتريه ويسلمه،

---

(١) انظر: فقه الصادق للروحاني ١٨/٣٣٨، الشرح الممتع لابن العثيمين ٨/١٤٢.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/٥٤٣.

(٣) رواه مسلم في صحيحه ٣/١١٥٣(١٥١٣).

(٤) المهذب للشيرازي ١/٢٦٣، المجموع للنووي ٩/٢٧٠.

(٥) رواه أحمد٢٤/٣١(١٥٣١٥)، وأبو داود ٤/١٨١-١٨٢(٣٤٩٧)، والترمذي٣/٥٣٤-٥٣٧(١٢٣٢)(١٢٣٣)، والنسائي ٧/٢٨٩ (٤٦١٣)، وابن ماجه ٢/٧٣٧(٢١٨٧)، وقال الترمذي: حديث حسن.

فنهاه لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبه الطير في الهواء[١].

٥- العجز عن التسليم والتسلم ينافي المقصد من عقود المعاوضات، فالقصد من البيع تمليك التصرف وذلك لا يمكن فيما لا يقدر على تسليمه[٢].

٦- الظاهر من حال العاقل أنه لا يقدم على التزام تسليم ما لا يقدر على تسليمه[٣].

تطبيقات القاعدة :

١- إذا كانت شجرة تحمل حملين فباع مالكها أحدهما عالما أنه يَحدث الآخر فيختلط بالأول، فالبيع باطل؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه؛ لأن العادة فيه الترك فيختلط بالآخر ويتعذر التسليم[٤]، وما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود المعاوضة.

٢- إذا استأجر الشخص أرضًا فيها زرع أو شجر أو قصب أو كرم أو ما يمنع من الزراعة فالإجارة فاسدة؛ لأن استئجار الأرض لمنفعة الزراعة، وهذه المنفعة لا يمكن استيفاؤها مع هذه الموانع؛ فقد التزم بالعقد تسليم ما لا يقدر على تسليمه[٥] وما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود المعاوضة.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤/١٤٥.
(٢) الكافي لابن قدامة ٢/١١.
(٣) المبسوط للسرخسي ١٢/١٢٥.
(٤) الكافي لابن قدامة ٢/٧٩.
(٥) المبسوط للسرخسي ١٦/٣٣.

٣- لا يصح بيع سفينة غرقت ولا يمكن إخراجها من البحر لأنه يلزم أن يكون المبيع مقدور التسليم، وفي هذه الحالة لا قدرة للبائع على التسليم، وبيع ما هو غير مقدور التسليم باطل[١]؛ لأن ما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود المعاوضة.

٤- لا يصح لمن تعاقد مع غيره أن يرهن ما لا يقدر على تسليمه لأن الرهن جعل للاستيثاق فإذا كان الراهن لا يستطيع تسليم المرهون فقد انتفى الغرض وبطلت الحكمة من الرهن[٢]، وما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود المعاوضة.

٥- إذا باع رجل ماله المغصوب لثالث جاز إذا كان لا يحتاج إلى خصومة إما لأن الغاصب ذهبت قدرته أو أناب، وكان الذي هو في يده متمكنا منه؛ وإلا فلا لأنه بيع ما لا يقدر على تسليمه[٣]، وما لا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود المعاوضة.

٦- لو قال: بعتك بالذهب المغربي ولا يوجد ذلك النقد في البلد فلا يصح العقد – بناءً على القاعدة - لأنه في هذه الحالة لا يقدر على تسليم المعقود عليه[٤].

٧- إذا سلم أحد غلامًا إلى معلم ليعلمه عملا وشرط عليه أن يحذقه فهذا فاسد لأن التحذيق مجهول إذ ليس لذلك غاية معلومة، وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة بينهما وكذلك لو شرط في ذلك أشهرًا مسماة لأنه يلتزم إيفاء ما لا يقدر عليه فالتحذيق ليس في وسع المعلم بل ذلك

---

(١) الموجبات والعقود للمحمصاني ٦٩/٢.
(٢) انظر: الكافي لابن قدامة ١٣٩/٢.
(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ٢٧/٩.
(٤) انظر: فتاوى ابن الصلاح ٥٨٣/٢.

باعتبار شيء في خلقة المتعلم، ثم فيما سمى من المدة لا يدري أنه هل يقدر على أن يحذقه كما شرط أم لا ؟ والتزام تسليم ما لا يقدر عليه بعقد المعاوضة لا يجوز[١].

د . رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) المبسوط للسرخسي ١٦/٤١.

رقم القاعدة: ٩٢١

نص القاعدة: الْوَعْدُ لَا يَنْعَقِدُ بِهِ عَقْدٌ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- المواعدة ليست بعقد[٢].

٢- لا ينعقد بالعدة عقد[٣].

٣- الوعد ليس إيقاعا[٤].

قواعد ذات علاقة :

١- هل يلزم الوفاء بالوعد[٥]. (متكاملة).

٢- الخارج مخرج الوعد لا يصح عقد البيع به[٦]. (أخص).

٣- لا ينعقد الضمان بألفاظ الوعد[٧]. (أخص).

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٧/٧٠.

(٢) التاج والإكليل للمواق ٥/٣١٧، منح الجليل لعليش ٤/٦٣.

(٣) التاج المذهب للعنسي ٢/١٩٤ (بتصرف يسير)، وفيه أيضًا ٢/١٨٢ بلفظ: "العدة ليست بعقد".

(٤) الشرح الممتع لابن عثيمين ١٣/٦٨.

(٥) شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/٤٤٣، إعداد المهج للشنقيطي ص ١٧٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٥/٤١، ووردت في المحلى ٧/٤٦٥ بلفظ: "التواعد ليس بيعا".

(٧) مجلة الأحكام الشرعية للقاري ص ٣٥٥، العرف لعادل قوتة ٢/١٠٥٢.

شرح القاعدة:

العقد لا ينعقد إلا بصيغة تدل عليه؛ لأن التراضي الذي هو مناط الصحة في المعاملات أمر باطني لا يمكن الوقوف عليه والكشف عنه إلا بوسيلة تعبر عنه، وهي الصيغة التي يتم بها التعاقد، ولذا كانت أحد أركان العقد. وهذه القاعدة توضح الفرق بين حكم الوعد وحكم العقد.

ومعنى القاعدة: أن الوعد الذي يلتزم فيه الواعد إنشاء عقد في المستقبل، ويوافقه الآخر على وعده لا يكون ذلك بمثابة الإيجاب والقبول، ولا ينعقد به العقد، ولا تجري عليه أحكامه، ولا تترتب عليه آثاره من نقل الملكية، وإباحة المنفعة ونحو ذلك، فمن خطب امرأة كان ذلك وعدا بزواجها، لا عقدا يبيح لهما الخلوة والاختلاط، بل تبقى المرأة أجنبية من خاطبها، محرمة عليه حتى يعقد عليها؛ لأن الوعد لا يجري عليه أحكام العقد.

والأصل في العقد أنه ينعقد بتلفظ العاقدين بالإيجاب والقبول باللغة التي يفهمانها متى كان اللفظ المستعمل دالا دلالة واضحة جازمة في عرف المتعاقدين على إرادتهما إنشاء العقد، غير محتملة لمعنى آخر كالمساومة أو العدة أو ما أشبه ذلك. أما إذا احتمل ذلك فلا يكون عقدا، ومن ذلك صيغة الاستقبال فهي تكون بمعنى الوعد المجرد؛ كصيغة المضارع المقترنة بسوف أو السين لا ينعقد بها عقد؛ كأن يقول البائع: سأبيعك أو سوف أبيعك هذه السيارة بعشرين ألفا إذا حصل كذا، ويوافقه الآخر على ذلك فلا يكون ذلك بيعا، ولا يترتب عليه حكمه.

والقاعدة مقيدة بعدم وجود قرينة أو دلالة حال تدل على أن المراد بالوعد إنشاء العقد وتحققه في الحال، فإذا كان سياق الكلام وقرائن الأحوال تدل على أن المراد بصيغة الوعد أو الاستقبال هو الحال فيأخذ ذلك حكم العقد، ولا يكون وعدا، وهذا ما نبه عليه الحطاب بقوله: «المرجع في الفرق بين الالتزام

والوعد إلى ما يفهم من سياق الكلام وقرائن الأحوال، فحيث دل الكلام على أحدهما عمل عليه، ولا يفرق بينهما بصيغة الماضي والمضارع، إذ الالتزام قد يكون بلفظ المضارع بالقرينة، ولكن صيغة الماضي تدل على الالتزام وإنفاذ العطية، والظاهر من صيغة المضارع الوعد إلا لقرينة تدل على الالتزام»[١]، وكذلك ينعقد العقد بصيغة الوعد إذا صرح العاقدان بأن قصدهما إنشاء العقد في الحال وليس الاستقبال؛ قال ابن الهمام: «واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال، أما إذا تصادقا على نية البيع في الحال فينعقد به في القضاء؛ لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية»[٢]؛ وبناء على ذلك: «إذا قال البائع: أبيع منك هذا بألف أو أبذله أو أعطيكه، وقال المشتري: أشتريه منك أو آخذه، ونويا الإيجاب للحال، أو كان أحدهما بلفظ الماضي، والآخر بالمستقبل مع نية الإيجاب للحال فإنه ينعقد، وإن لم ينو لم ينعقد»[٣].

وهذه القاعدة تكمل قاعدة «هل يلزم الوفاء بالوعد»[٤]، فموضوعها الوعد من حيث اللزوم وعدمه، فإذا وعد الإنسان بعقد أو غيره فهل يلزمه الوفاء به أم لا؟ وهو محل خلاف بين الفقهاء، وهذه القاعدة تبين أن الوعد بالعقد لا يكون عقدا، ولا يجري عليه حكمه، وهو أمر متفق عليه بين الفقهاء، إلا أن طائفة منهم استثنوا من ذلك الوعد الملزم للطرفين، فالوعد إذا كان ملزما للطرفين - ويسمى بالمواعدة - فإنه حينئذ يلحق بالعقد، ويأخذ حكمه؛ كما في المواعدة الملزمة على بيع المرابحة للآمر بالشراء، فإنها تأخذ حكم البيع، وتكون محرمة إذا كانت تؤدي إلى البيع قبل التملك؛ وذلك لأن الوعد الملزم للطرفين بمنزلة العقد، جاء في قرار المجمع: «المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكًا للمبيع، حتى لا تكون هناك

---

(١) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب، نقلاً عن حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ٢٤-٢٥.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٢٥٠.

(٣) الفتاوى الهندية ٣/ ٤.

(٤) شرح المنهج المنتخب للمنجور ١/ ٤٤٣، إعداد المهج للشنقيطي ص ١٧٦.

مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده»[١].

وذهب القانونيون إلى أن الوعد من الجانبين عقد ملزم، تترتب عليه آثار العقد، فالوعد بالبيع والشراء يأخذ حكم العقد الموعود به عندهم؛ يقول السنهوري عن الوعد بالتعاقد: «في هذه الحالة يوجد عقد التزم بموجبه أحد الطرفين بأن يبيع شيئًا، والتزم الطرف الآخر بأن يشتريه، فيتم البيع بينهما ملزما للجانبين»[٢].

والحكم الذي يجري على الوعد بالعقد يجري على الوعد بالفسخ أيضا؛ لأن الأصل في الفسوخ أنها «محمولة على العقود ومشبهة بها»[٣]، فلا يكون الوعد بالفسخ فسخا، ولا الوعد بالطلاق طلاقا.

أدلة القاعدة :

لأن المقصود من صيغة العقد أن تدل على إنشاء العقد في الحال بصورة مجزومة لا تردد معها ولا تسويف، وصيغة الوعد لا تدل على ذلك، وإنما تدل على إنشائه في الاستقبال، فلا تأخذ حكم العقد[٤].

تطبيقات القاعدة :

١- لو قال: إذا ولدت امرأتي بنتا زوجتكها. لم ينعقد به النكاح؛ لأن هذا مجرد وعد، والوعد لا ينعقد به عقد[٥].

---

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص ١٥٦.

(٢) الوسيط للسنهوري، نقلاً عن فقه البيع والاستيثاق للسالوس ١/ ٣٧.

(٣) الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/ ٢٧٠، وعبر عنه الزركشي في المنثور ٣/ ١٧٦ بقوله: "الفسوخ ينحى بها نحو العقود".

(٤) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ١/ ٤٠٨-٤٠٩.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٧/ ٧٠.

٢- لو طلب شخص الشراء فقال البائع: سأبيعك أو سوف أبيعك لم يكن إنشاء للبيع، لأن صيغة الاستقبال هي بمعنى الوعد المجرد، والوعد لا ينعقد به عقد[١].

٣- إذا قال لزوجته: إن حصلتُ على كذا أو على المال الفلاني فهو لك كان ذلك وعدا، لا عقدا، فلا يكون لازما له إلا إذا وهبه وأقبضه[٢].

٤- التواعد في بيع الذهب بالذهب أو بالفضة، وفي بيع الفضة بالفضة جائز تبايعا بعد ذلك، أو لم يتبايعا؛ لأن التواعد ليس بيعا[٣].

٥- لو قالت له امرأته: طلقني، فقال: نعم أطلقك، أو سأفعل بعد يومين أو ثلاثة، لا يكون ذلك طلاقا؛ لأنه وعد، لا إيقاع للطلاق[٤]، و«الوعد لا يكون طلاقا»[٥].

٦- لو قال الضامن: أنا أؤدي ما على المدين أو أنا أحضر ما عليه أو إذا زوجته فأنا أؤدي الصداق لم يصر ضامنا بذلك؛ لأنه وعد، ولا ينعقد الضمان بألفاظ الوعد[٦].

٧- إذا كان البائع لا يملك السلعة، وإنما يقوم بالاتفاق مع الراغبين في الشراء: أنه متى تملك السلعة فإن الواعد سيعقد معه عقد البيع، كما هو الحال في المواعدة على بيع المرابحة للآمر بالشراء فإن ذلك

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١٤٠.

(٢) انظر نظيره في: حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٢٦٤.

(٣) انظر: المحلى بالآثار لابن حزم ٧/٤٦٥.

(٤) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ١/٤٣٦، الشرح الممتع للعثيمين ١٣/٦٨.

(٥) انظر: حاشية العدوي على شرح الخرشي ٤/٢٤.

(٦) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٤٥٥، كشاف القناع للبهوتي ٣/٣٦٣، مجلة الأحكام الشرعية للقاري ١/٣٥٥.

جائز؛ لأن الوعد غير العقد، ولا يشترط فيه ما يشترط في العقد من تملك السلعة والقدرة على التسليم ونحو ذلك[١].

٨- إن حلف: لا يتزوج في هذه البلدة. فواعد امرأة فيها على الزواج في غيرها- جاز ذلك ولم يكن حانثا؛ لأن المواعدة ليست عقدا[٢].

محمد عمر محمد شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة ١٣/ ٢٣٧.

(٢) انظر: منح الجليل لعليش ٤/ ٦٢-٦٣، شرح الخرشي على مختصر خليل ٤/ ٣٩.

رقم القاعدة: ٩٢٢

نص القاعدة: الوَاجِبُ لَا يَجُوزُ أَخْذُ العِوَضِ عَنْهُ[١] .

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الفرض لا يؤخذ عليه عوض[٢].

٢- ما يلزم العبد إذا كان صفته الواجب، فلا يجوز أن يستحق عليه مع الثواب بدلا وأجرة[٣].

٣- الواجب لا يؤخذ له عوض[٤].

٤- لا جائز لأحد أخذ الأجرة على الفروض[٥].

٥- كل ما كان مفعولا على وجه الفرض والقربة إلى الله تعالى لا يجوز أخذ الأجرة عليه[٦].

٦- لا يجوز أخذ الأجرة عن الفرض المتعي[٧].

٧- لا أجرة على أداء الواجب[٨].

---

(١) المنثور للزركشي ٣/٣١٧، حاشية العبادي ١/١٤٧.
(٢) المنثور للزركشي ٣/٢٨.
(٣) انظر: المغني للقاضي عبد الجبار ١١/٨٢.
(٤) الفروق للقرافي ١/٣٤٢.
(٥) أحكام القرآن للجصاص ٥/٢٦١.
(٦) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٤/٨٥.
(٧) القواعد للحصني ٢/٩.
(٨) تفسير غريب القرآن للنيسابوري ١/٤٤٨، ووردت بلفظ "لا أجر على واجب" مصادر الحق للسنهوري ٤/٦٣.

قواعد ذات العلاقة :

١- الواجب لا يجوز تركه[١]. (معللة).

٢- لا يجوز أن يؤخذ عوض عن معروف وفعل خير[٢]. (أعم).

٣- الشفاعة من المصالح العامة التي يجب القيام بها فرضا على الأعيان أو على الكفاية ولا يجوز أخذ الأجرة عليها[٣]. (متفرع).

شرح القاعدة :

الفرض والواجب واللازم في هذه القاعدة وصيغها بمعنى واحد على رأي الجمهور الذين يقولون: «الفرض والواجب والحتم واللازم والمكتوب ألفاظ معناها واحد»[٤] خلافا للأحناف الذين يميزون بين الفرض والواجب، يقول الشيرازي: «الفرض والواجب واحد، وهو ما يعاقب على تركه. وقال أصحاب أبي حنيفة: الفرض أعلى رتبة من الواجب، فالفرض ما ثبت وجوبه بطريق مقطوع به بكتاب أو سنة متواترة أو إجماع، والواجب ما ثبت وجوبه بغير ذلك من الأدلة»[٥].

فالفرض والواجب إذن: هو ما طلب الشارع من المكلف فعله طلبا جازما[٦].

---

(١) المحصول للرازي ٢/٣٠٠، تذكرة الفقهاء للحلي ٤/٣٩٩، الانتصار على علماء الأمصار المؤيد بالله الحسيني ٣/٥٨٥، وانظرها في قسم القواعد الأصولية بلفظ: "ما يثاب على فعله ويعاقب على تركه فهو واجب".

(٢) التاج والإكليل للمواق ٧/٥٣.

(٣) الجامع في أصول الربا رفيق المصري ١/٦٤.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم ٢/٢٢٧.

(٥) التبصرة للشيرازي ص ٩٤، انظر: المعتمد لأبي الحسن البصري ١/٣٤٠.

(٦) انظر: الإبهاج ١/٥٢.

والعِوَض، كعِنَب: الخَلَف. والعوض: البَدَل، والجمع أعواض. وفي الصحاح: «العوض واحد الأعواض تقول: عاضني الله منه عِوَضًا وعَوْضًا وعياضًا، ككتاب، وأصله عواض فقلبت الواو ياءً لانكسار ما قبلها، وعوضني الله منه تعويضًا، وتعوض منه: أخذ العوض، واستعاضه: سأله العوض فعاوضه معاوضةً: أعطاه إياه»[١].

والعوض ما تعقب به الشيء على جهة المثامنة وتقول: هذا الدرهم عوض من خاتمك، وهذا الدينار عوض من ثوبك[٢]، وقد استعمل العوض مرادفا للبدل في الاصطلاح[٣].

ومعنى القاعدة أن ما كان فرضا واجبا يتحتم على المرء القيام به - على وجه التعيين أو الكفاية - بحيث طلب الشارع منه ذلك طلبًا جازمًا على جهة الحتم والإلزام لا على وجه التخيير، - سواء أكان من العبادات المحضة التي تشترط فيها نية القربة أو من غيرها مما لا يشترط فيها ذلك - لا يصح أن يتقاضى عليه عوضًا أو أجرًا، لأنه ملزم بالقيام به. ولأنه إذا فعل الواجب أثيب على فعله من الله بالثواب والأجر والمغفرة وبرئت ذمته من المطالبة، وإذا لم يفعله أثم واستحق العقوبة لأنه مفرط مقصر، لأن «الواجب لا يجوز تركه»، إلا أن يسقط لعذر من الأعذار الشرعية كالضرورة والحاجة، بناءً على أن «التكليف بما لا يستطاع مرفوع»[٤]، وأن «الواجبات تسقط للحاجة»[٥].

ثم إن الأجرة والعوض ينافيان الوجوب، إذ إن الواجب إما أن يفعل

---

(١) انظر: تاج العروس للزبيدي ١٨/٤٤٩، مختار الصحاح لأبي بكر الرازي ص ١٩٣.

(٢) الفروق للعسكري ص٢٦١.

(٣) انظر: الكليات للكفوي ص ٢٣١.

(٤) الموافقات للشاطبي ٣/١١٥.

(٥) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/٥٥٩.

ليخرج المكلف من عهدة المطالبة أو يفعل قربة إلى الله تعالى، فكيف يجتمع مع حظ النفس في طلب العوض؟ فالفعل التعبدي المحض مثلاً - وهو ما لا يصح إلا بنية القربة، أي لا يحصل امتثاله إلا بإتيانه بداعي التقرب إليه تعالى في امتثال أمره - لا يصح أخذ الأجرة عليه حسب القاعدة[١]، لأن الإتيان به بداعي القربة يتنافى مع الإتيان به بداعي الأجرة، سواء كان عينيًّا أو كفائيًّا كصلاة الظهر أو الصلاة على الميت، وكغسل الجنابة أو تغسيل الميت فلا معنى لاستئجار شخص يصلي عنك صلاة الظهر أو يصلي على ميتك... إلخ[٢]. قال الجصاص: «ما سبيله أن لا يفعل إلا على وجه القربة لا يجوز أخذ الأجرة عليه لأن الأجرة من حظوظ الدنيا؛ فمتى أخذ عليه الأجرة فقد خرج من أن يكون قربة بمقتضى الكتاب والسنة»[٣]. بل إن أخذ العوض عن المعروف وفعل الخير عمومًا لا يجوز كما جاء في قاعدة «لا يجوز أن يؤخذ عوض عن معروف وفعل خير»، والتي أعقبها الشيخ المواق بقوله: «كما لا يجوز على صوم ولا صلاة لأن طريقها ليس لكسب الدنيا»[٤]. فالشفاعة مثلاً من المصالح العامة التي يجب القيام بها فرضًا على الأعيان أو على الكفاية ولا يجوز أخذ الأجرة عليها، كما هو نص الضابط في فقرة قواعد ذات العلاقة.

والواجب المقصود في هذه القاعدة الذي لا يجوز أخذ العوض عنه، هو الواجب الشرعي[٥] لا غيره مما قد يطلق عليه أنه واجب، كالواجب الذي يفرضه رب العمل - مثلاً - على العامل، أو ما قد تفرضه أنظمة بلد معين...

---

(١) وقد خالف في ذلك بعض العلماء.

(٢) انظر: تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/١٦٠.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٤/٣٧٦.

(٤) التاج والإكليل للمواق ٧/٥٣.

(٥) وقد بيَّن الزركشي هذا التقييد وهو يعلق على تطبيق من تطبيقات القاعدة فقال: "لأن ذلك واجب عليه بالشرع فلا يجوز أخذ العوض عنه" المنثور ٣/٢٩.

إلخ، فهذا النوع من الواجبات لا يتنافى مع أخذ الأجر والعوض. فقد يتعيَّن على المرء القيام بأمر إلزامي مع إعطائه العوض.

وهذه القاعدة محل اتفاق عمومًا، وإن وقع الخلاف في بعض مسائلها وتطبيقاتها، كاختلافهم في أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم والإمامة وغير ذلك، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «تنازعوا في جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان والإمامة والحج عن الغير لأن المستأجر يستوفي المنفعة، فقيل: يصح لذلك كما هو المشهور من مذهب مالك والشافعي، وقيل: لا يجوز لأن هذه الأعمال يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة، فإنها إنما تصح من المسلم دون الكافر، فلا يجوز إيقاعها إلا على وجه التقرب إلى الله تعالى، وإذا فعلت بعروض لم يكن فيها أجر بالاتفاق، لأن الله إنما يقبل من العمل ما أريد به وجهه لا ما فعل لأجل عروض الدنيا»[1]، وقال ابن بطال: «اختلف العلماء في جواز الأجر على الرقى بكتاب الله وعلى تعليمه، فأجاز ذلك عطاء وأبو قلابة، وهو قول مالك والشافعي وأحمد وأبي ثور، وحجتهم حديث ابن عباس وحديث أبي سعيد. وكره تعليم القرآن بالأجر الزهري، وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز على تعليم القرآن أجر، قال الطحاوي: وتجوز الأجرة على الرقى وإن كان يدخل في بعضه القرآن؛ لأنه ليس على الناس أن يرقي بعضهم بعضًا، وتعليم الناس بعضهم بعضًا القرآن واجب؛ لأن في ذلك التبليغ عن الله، إلا أن من علمه أجزأ عن بقيتهم، وذلك كتعليم الصلاة لا يجوز أخذ الأجرة عليه، ولا يجوز على الأذان، واحتجوا بأحاديث ضعاف...، وتعلم القرآن ليس بفرض، فكيف تعليمه، وإنما الفرض المتعين منه على كل أحد ما تقوم به الصلاة، وغير ذلك فضيلة ونافلة، وكذلك تعليم الناس بعضهم بعضًا الصلاة ليس بفرض

---

(١) مجموع الفتاوى ٣١٥/٢٤.

متعين عليهم، وإنما هو على الكفاية، ولا فرق بين الأجرة على الرقى وعلى تعليم القرآن؛ لأن ذلك كله منفعة»(١).

إلا أن القول بجواز أخذ الأجرة على فروض الكفايات هو الأنسب وخصوصًا في الزمن المتأخر لأنها أصبحت وظائف ينقطع لها أشخاص وتحدَّد لها رواتب وترصد لها ميزانيات في السياسة الاقتصادية للدول، ومن ذلك مؤسسات القضاء والتعليم والعمل الخيري وغير ذلك، ولو أخذ بالرأي المانع من أخذ الأجرة لزهد الناس في القيام بهذه المهام ولتعطل أصلها(٢).

ومجال هذه القاعدة يشمل أبوابا كثيرة من العبادات والمعاملات.

أدلة القاعدة:

١- قوله جل وعلا: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَكۡتُمُونَ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَيَشۡتَرُونَ بِهِۦ ثَمَنٗا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ مَا يَأۡكُلُونَ فِي بُطُونِهِمۡ إِلَّا ٱلنَّارَ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمۡ وَلَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة -١٧٤]، قوله تعالى: قال الجصاص: «قوله تعالى: ﴿وَيَشۡتَرُونَ بِهِۦ ثَمَنٗا قَلِيلًا﴾ مانع أخذ البدل عليه من سائر الوجوه؛ إذ كان الثمن في اللغة هو البدل،... فثبت بذلك بطلان الإجارة على تعليم القرآن

---

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٦/٤٠٥-٤٠٦.

(٢) قال ابن عابدين في كلام ممزوج بنص الحصكفي: "قوله: (ويفتى اليوم بصحتها لتعليم القرآن الخ) قال في الهداية: وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التواني في الأمور الدينية، ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن، وعليه الفتوى اهـ. وقد اقتصر على استثناء تعليم القرآن أيضًا في متن الكنز و مواهب الرحمن وكثير من الكتب، وزاد في مختصر الوقاية ومتن الإصلاح تعليم الفقه، وزاد في متن المجمع الإمامة، ومثله في متن الملتقى ودرر البحار، وزاد بعضهم الأذان والإقامة والوعظ وذكر المصنف معظمها".حاشية ابن عابدين ٦/٥٥.

وسائر علوم الدين»[١]. وقال النيسابوري: «واستدل بالآية أيضًا على عدم جواز أخذ الأجرة على التعليم لأنها دلَّت على وجوب التعليم، ولا أجرة على أداء الواجب»[٢].

٢- ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] يقول الشيخ رشيد رضا: «إن كل أجر يؤخذ على عبادة فهو أكل لأموال الناس بالباطل... ولا خلاف في عدم جواز أخذ الأجرة على جواب السائل عن مسألة دينية تعرض له؛ إذ الإجابة فريضة على العارفين وكتمان العلم محرم عليهم»[٣].

٣- قوله تعالى: ﴿مَن كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ ٱلْءَاخِرَةِ نَزِدْ لَهُۥ فِى حَرْثِهِۦ ۖ وَمَن كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ ٱلدُّنْيَا نُؤْتِهِۦ مِنْهَا وَمَا لَهُۥ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِن نَّصِيبٍ﴾[الشورى: ٢٠].

٤- عن أبي بن كعب قال: قال رسول الله ﷺ: «بشر هذه الأمة بالسناء والرفعة والنصر في الأرض، فمن عمل منهم عمل الآخرة للدنيا لم يكن له في الآخرة نصيب»[٤].

قال الجصاص معلقًا على الآية والحديث: «وهذا يدل على أن ما سبيله أن لا يفعل إلا على وجه القربة لا يجوز أخذ الأجرة عليه، لأن الأجرة من حظوظ الدنيا، فمتى أخذ عليه الأجرة فقد خرج من أن يكون قربة بمقتضى الكتاب والسنة»[٥].

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/١٢٥.

(٢) غرائب القرآن ورغائب الفرقان ١/٤٤٨.

(٣) تفسير المنار ٢/١٥٩.

(٤) رواه أحمد ٣٥/١٤٦، وفي مواضع، والحاكم في المستدرك ٤/٣٤٦ (٧٨٦٢) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وقال الهيثمي في المجمع ١٠/٢٢٠: رجال أحمد رجال الصحيح.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٤/٣٧٦.

٥- عن عثمان بن أبي العاص قال: قلت يا رسول الله اجعلني إمام قومي. قال: «أنت إمامهم، واتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرًا»[(١)].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا حضر المجاهد الصف تعين عليه القتال، فلا يجوز في هذه الحالة أخذ الأجرة على الجهاد لأنه لا يجوز أخذ الأجرة عن الفرض المتعين عليه[(٢)].

٢- لو قال شخص لغيره: صل الظهر لنفسك ولك علي ألف فصلى صحت صلاته ولا يستحق الألف. لأن الواجب لا يجوز أخذ العوض عنه[(٣)].

٣- من تعين عليه قبول الوديعة - كما إذا لم يكن هناك غيره وخاف هلاكها إن لم يقبل - لا يجوز له أخذه أجرة الحفظ لتعينه عليه، ويجوز أخذ أجرة مكانها، ويشهد له ما نقله الرافعي عن أبي الفرج أن الواجب أصل القبول دون إتلاف منفعة نفسه وحرزه في الحفظ من غير عوض. غير أن صاحب المرشد مصرح بأن نفس الحفظ لا يؤخذ عليه أجرة وأبو الفرج الزاز يقول: يؤخذ وإليه يميل كلام الرافعي، وخرج ابن الرفعة فيه الخلاف في مسألة تعليم الفاتحة في جعلها صداقا، ونظائرها[(٤)].

---

(١) رواه أحمد ٢٦/٢٠٠ (١٦٢٧٠)، ٢٠١ (١٦٢٧١)، (١٦٢٧٢)، ٢٩/٤٣٥ (١٧٩٠٦)، وأبو داود ١/١٤٦ (٥٣١)، والترمذي ١/٤٠٩ (٢٠٩) وقال: حديث حسن، والنسائي ٢/٢٢ (٦٧٢)، وابن ماجه ١/٢٣٦ (٧١٤).

(٢) انظر: المنثور للزركشي ٣/٢٨- ٢٩، القواعد للحصني ٢/٩.

(٣) انظر: نواضر النظائر لابن الملقن ص ٢٤٧.

(٤) انظر: المنثور للزركشي ٣/٢٩.

٤- لو استأجر الأب ابنه للخدمة لم تلزمه أجرته، لأن الخدمة - أي خدمة الأب على الابن - واجبة، والواجب لا يدخل تحت عقد الإجارة، وعدم الأجرة على الواجب مقرر في مسائل كثيرة[١].

٥- إذا خطب رجل امرأة من والدها فأبى الوالد أن يزوج ابنته إلا أن يعطيه شيئًا من المال ولم يجعل الخاطب له ذلك، قال الشيخ حبيب: أكثر القول أنه لا يستحقه إذا كانت المرأة بالغة وهي ابنة عاقلة، لأن الأب واجب عليه تزويج ابنته ولا يجوز له أن يأخذ أجرا على أداء الواجب عليه[٢].

٦- الأصل في تعين أداء الشهادة على الشاهد وجود المشقة وانتفاؤها، فإذا كانت المسافة لا يجب منها الأداء فإن القاضي يكتب إلى رجل من ثقته فيوقع هذا الشاهد شهادته عنده ويكتب إلى القاضي بما أدى عنده فينظر فيه. فإذا لزمه الأداء فإنه لا يجوز له أن يأخذ من المشهود له شيئًا بسبب أداء الشهادة لأن في ذلك طلب عوض على واجب كطلبه أخذ العوض على صلاة نفسه إلا في الركوب لعسر المشي عليه[٣]، والواجب لا يجوز أخذ العوض عنه.

٧- إذا كان رجلان في بادية فمرض أحدهما، تعين على الآخر تعهده والعناية به، ولا أجرة له لأنه تعين لذلك الواجب فيلزمه القيام به، والواجب لا يجوز أخذ العوض عنه[٤].

---

(١) انظر: التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١/ ١٧٥.

(٢) انظر: لباب الآثار للبوسعيدي ١١/ ٦٧.

(٣) تبصرة الحكام لبرهان الدين بن فرحون ١/ ١٧٨.

(٤) انظر: المنثور للزركشي ٢/ ٣٠.

٨- إذا طلبت الزوجة من زوجها الأجرة على إرضاع ولدها لم يكن لها ذلك لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة. والواجب لا يجوز أخذ العوض عنه[١].

٩- المنافع المضطر إليها كمنفعة الظهر للمنقطعين في الأسفار، وإعارة ما يضطر إليه ففي وجوب بذلها مجانا وجهان: واختيار الشيخ تقي الدين أن المضطر إلى الطعام إن كان فقيرا وجب بذله له مجانا لأن إطعامه فرض كفاية لا يجوز أخذ العوض عنه، بخلاف الغني فإن الواجب معاوضته فقط وهذا حسن[٢].

١٠- لا يجوز أخذ الأجر على بذل فضل الماء للبهائم لأنه واجب، والواجب لا يجوز أخذ العوض عنه[٣].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: في هذا المعنى مصادر الحق للسنهوري ٤/٦٣.

(٢) القواعد لابن رجب ص ٢٥٩.

(٣) انظر: المنثور للزركشي ٣/٣٠، الإنصاف للمرداوي ١٠/٥١.

رقم القاعدة: ٩٢٣

نص القاعدة: مَا جُوِّزَ لِلْحَاجَةِ لَا يَجُوزُ أَخْذُ العِوَضِ عَلَيْهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

ما أبيح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه[٢].

قواعد ذات العلاقة:

١- هل تتعدى الرخصة محلها[٣]. (أعم).

٢- الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة[٤]. (مكملة).

٣- الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليست له حاجة[٥]. (مكملة).

٤- إذا أقيمت الحاجة العامة في حق الناس كافة مقام الضرورة في حق الواحد في استباحة ما هو محرم عند فرض الاختيار فمن المحال أن

---

(١) المنثور للزركشي ١٣٩/٣، الشرح الكبير للرافعي ٢٣٢/١٢، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤٠٦/٢.

(٢) المجموع للنووي ٣/١٥.

(٣) القواعد للحصني ٢٤٨/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المغني لابن قدامة ٥٩/٢.

يسوغ الازدياد من الحرام انتفاعا وترفها وتنعيما[١]. (أعم).

٥- ما جاز للحاجة يقدر بقدرها[٢]. (معللة).

٦- إذا وجب مخالفة أصل أو قاعدة وجب تقليل المخالفة ما أمكن[٣]. (معللة).

شرح القاعدة:

عرف ابن فارس الحاجة قائلا: «الحاء والواو والجيم أصل واحد، وهو الاضطرار إلى الشيء، فالحاجة واحدة الحاجات، والحوجاء: الحاجة، ويقال: أحوج الرجل احتاج، ويقال: أيضًا حاج يحوج بمعنى احتاج»[٤].

وأما الحاجة في الاصطلاح: فقد نبه الإمام الجويني - رحمه الله تعالى - على صعوبة ضبطها وتعريفها فقال: «الحاجة لفظة مبهمة لا يُضبط فيها قول، والمقدار الذي بان؛ أن الضرورة وخوف الروح ليس مشروطا فيما نحن فيه، كما يشترط في تفاصيل الشرع في الآحاد في إباحة الميتة وطعام الغير، وليس من الممكن أن نأتي بعبارة عن الحاجة نضبطها ضبط التخصيص والتنصيص حتى تتميز تميز المسميات والملقبات... ولكن أقصى الإمكان في ذلك من البيان، تقريب وحسن ترتيب ينبه على الغرض فنقول: لسنا نعني بالحاجة تشوق الناس إلى الطعام وتشوفها إليه، فرب مشتهي لشيء لا يضره الانعكاف عنه، فلا

---

(١) غياث الأمم للجويني ص ٣٤٦، وانظر قاعدة: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"، في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظرها في قسم القواعد الفقهية من المعلمة، وانظر: نظرية الضرورة للزحيلي ٢٧٦/١، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٥٨/١٦.

(٣) قواعد المقري ٥٠٢/٢.

(٤) مقاييس اللغة ١١٤/٢.

معتبر بالتشهي والتشوف، فالمرعي إذا دفع الضرار واستمرار الناس على ما يقيم قواهم»[١].

وقال غيره: «الحاجة ما يفتقر الإنسان إليه مع أنه يبقى بدونه، والضرورة ما لابد له في بقائه»[٢].

وقد عرفها الشيخ الزرقا بما تستلزمه شرعا فقال: «الحاجة هي الحالة التي تستدعي تيسيرا أو تسهيلا لأجل الحصول على المقصود، فهي دون الضرورة من هذه الجهة»[٣].

ومدلول القاعدة التي بين أيدينا أن ما كان الأصل فيه أنه محرم ممنوع شرعا، ولكن الشارع سبحانه بمنه وكرمه «ترك في حال الحاجة هذا الأصل، فأباح ذلك المحظور»[٤]، مراعاة لحاجات الناس أو ضروراتهم، سواء على مستوى الأفراد أو على مستوى الجماعات، وذلك تيسيرا وتسهيلا عليهم في نيل مقاصدهم، فلا يسوغ اتخاذ هذه الرخصة سبيلا إلى تحصيل الأعواض بالبيع والإجارة وغير ذلك من طرق الكسب.

والمراد بلفظة (العوض) في القاعدة معناها الأعم بحيث تشمل: مبادلة ما أبيح للحاجة أو الضرورة بغيره بعقد شرعي، أو بأخذ بدله - مثله أو قيمته - من جهة الضمان، إذا أتلفه متلف[٥]. يقول ابن قدامة: «ولو أطرق فحلا أو غصب كلبا لم تلزمه أجرة لذلك، لأنه لا يجوز أخذ العوض عن منافعه بالعقد، فلا يجوز بغيره»[٦].

---

(١) غياث الأمم للجويني ص٣٤٥-٣٤٦.

(٢) قواعد الفقه للبركتي ص ٢٥٧.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٢٠٩.

(٤) غمز عيون البصائر للحموي ١/٢٦١.

(٥) موسوعة القواعد للبورنو ٩/٣٨٥.

(٦) الكافي لابن قدامة ٢/٤٠٥.

إن هذه القاعدة لا تتعلق بما أباحه الشارع الحكيم ابتداءً للحاجة العامة[1] مما الأصل فيه أن يكون محظورا، كاحتياج الناس إلى عقد السَّلَم والإجارة وبيع العرايا وغير ذلك، لأن هذه المذكورات أصبحت أصولا مستقلة بذاتها يجوز الاعتياض عنها بيعا وإجارة وصلحا، وإنما الحديث في القاعدة عن الحاجة الناتجة عن ظرف مخصوص أو حال مخصوص استدعى الإباحة فيما أصله المنع، سواء ما تعلق منها بفرد أو جماعة[2]، وهذا الفرق هو ما تناولته قاعدة «ما ثبت على خلاف الدليل للحاجة قد يتقيد بقدرها وقد يصير أصلا»[3].

وإذا كان الشارع قد وسع على المكلفين حين جعل «الحاجة تنزل منزلة الضرورة» كما هو نص القاعدة من القواعد ذات العلاقة. ووسع عليهم أيضًا عندما أدخل غير المحتاج مع المحتاج فيما جوز للحاجة العامة كما جاء في القاعدة من القواعد ذات العلاقة: «الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليست له حاجة» والتي مثَّل لها ابن قدامة - رحمه الله - بالسَّلَم وإباحة اقتناء الكلاب للصيد والماشية في حق من لا يحتاج إليهما[4]. فإنه بالمقابل قد شدد فيما أبيح لحاجة مخصوصة في ظرف مخصوص وحال مخصوص، فقصر الإذن فيه على ما لا يزيد على قدر الحاجة فلا يُتعدى هذا الحد بحال من الأحوال، إذ لا مبيح للزيادة على ما تندفع به الحاجة، ولأن «الأصل ألا تكون الإباحة في ثابت المنع عند الحاجة إليه إلا على قدر المبيح إلا بدليل»، ولأنه «إذا أقيمت الحاجة العامة في حق الناس كافة مقام الضرورة في حق الواحد في

---

(١) معنى الحاجة العامة: أن الناس جميعا يحتاجون إليها فيما يمس مصالحهم العامة، من تجارة وزراعة وصناعة وسياسة عادلة وحكم صالح. الموسوعة الكويتية ١٦/٢٥٦.

(٢) معنى الحاجة الخاصة: أن يحتاج إليها فرد أو أفراد محصورون أو طائفة خاصة كأرباب حرفة معينة. الموسوعة الكويتية ١٦/٢٥٦.

(٣) القواعد للحصني ٣/٢٤٨.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٢/٥٩.

استباحة ما هو محرم عند فرض الاختيار، فمن المحال أن يسوغ الازدياد من الحرام انتفاعا وترفها وتنعيما»، ولأن «ما جاز للحاجة يقدر بقدرها».

والحاصل أن ما كان هذا شأنه من المباحات لا يجوز جعله سبيلا للتكسب والتموُّل وأخذ العوض لأن كل ذلك خروج عن قدر الحاجة والضرورة إلى الترفه والاستكثار من المحظور، وهذا نقيض المطلوب الذي نبهت عليه القاعدة ذات العلاقة: «إذا وجب مخالفة أصل أو قاعدة وجب تقليل المخالفة ما أمكن». أي الالتزام بالقدر المناسب لمقدار الاحتياج لا أكثر.

إن هذه القاعدة وإن لم تظهر صيغتها إلا عند الشافعية إلا أن ذلك لا يعني أن غيرهم لم يأخذ بمضمونها، لأن الفقهاء متفقون على أن المحرم لا يجوز بيعه كالخنزير والخمر[١] وغير ذلك مما هو محرم اقتناؤه والانتفاع به من كل وجه، فإذا أبيح لصاحب الحاجة أو المضطر تناوله والانتفاع به فلا يجوز له بيعه أو أخذ العوض عنه. وقد يختلفون في بعض ما أصله التحريم وورد جواز الانتفاع به في أمر مخصوص كاختلافهم في بيع الكلاب وإجارتها للصيد والرعي[٢].

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة جزء من الآية: ٣]. قال الشوكاني: «نقل ابن المنذر أيضًا الإجماع على تحريم بيع الميتة والظاهر أنه يحرم بيعها بجميع أجزائها»[٣]. ومن المعلوم نصا أن أكل الميتة للمضطر جائز، أما بيعه لها فباق على أصله في الحرمة. فإذا لم

---

(١) انظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال ٦/٣٤٥، نيل الأوطار للشوكاني ٥/٢٣٦.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٦/٤٧١، القواعد لابن رجب ص ٢٢٤، شرح ميارة الفاسي ١/٥١٣، بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٣.

(٣) نيل الأوطار ٥/٢٣٦، انظر فتح الباري لابن حجر ٤/٤٢٤.

يجز أخذ العوض عما أبيح للضرورة فمن باب أولى أن يمنع ذلك فيما جوز للحاجة.

٢- قوله ﷺ: «من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من عمله كل يوم قيراطان»[١]. فقد استدل به الشيرازي على عدم جواز أخذ العوض على ما جوز للحاجة وذكر أنه الصحيح فقال: «... ومنهم من قال: لا يجوز - وهو الصحيح - لأن اقتناءه لا يجوز إلا للحاجة، وهو الصيد وحفظ الماشية وما لا يقوم غير الكلب فيه مقامه إلا بمؤن، والدليل عليه قوله ﷺ: «من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان». وما أبيح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة»[٢].

٣- قال ابن قدامة معللا منع إجارة منافع الكلب: «لأن إباحة الانتفاع لم تبح بيعه فكذلك إجارته، ولأن منفعته لا تضمن في الغصب، فإنه لو غصبه غاصب مدة لم يلزمه لذلك عوض، فلم يجز أخذ العوض عنها في الإجارة كنفع الخنزير»[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- استئجار الكلب المعلم للحراسة والصيد فيه وجهان: أحدهما الجواز: كاستئجار الفهد والشبكة للاصطياد والهرة لدفع الفأرة، وأصحهما المنع: لأن اقتناءه ممنوع إلا لحاجة، وما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عليه[٤].

---

(١) رواه البخاري ٨٧/٧ (٥٤٨٠)، (٥٤٨١)، (٥٤٨٢)، ومسلم ١٢٠٦/٣ (١٥٧٤).

(٢) المهذب للشيرازي ٣٩٤/١.

(٣) المغني لابن قدامة ١٧٢/٤.

(٤) الشرح الكبير للرافعي ٢٣١/١٢-٢٣٢.

٢- قال الشافعي: «نحن نجيز للرجل أن يتخذ الكلاب الضواري، ولا نجيز له أن يبيعها لنهي النبي ﷺ، وإذا حرمنا ثمنها في الحال التي يحل اتخاذها فيه اتباعا لأمر النبي ﷺ، لم يحل أن يكون لها ثمن بحال»(١)، وما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عليه.

٣- ما يجوز إعارته ولا تجوز إجارته وهو الفحول المعدة للطرق، فيحرم إجارتها لأن أخذ العوض عليها ثمن لعسبها. وقد نهى رسول الله عن ثمن عسب الفحل(٢)؛ لأن ما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عليه.

٤- قال الشافعي: لا شيء على من قتل كلبا من قيمة ولا ثمن، وسواء كان كلب صيد أو ماشية أو زرع أولم يكن، قال مالك: وإذا لم يسرح كلب الدار مع الماشية فلا شيء على قاتله(٣)، وعند الإباضية يضمن إن كان الكلب كلب رعي أو صيد(٤).

٥- لو غصب شخص كلبا أبيح اتخاذه للحاجة فمات، لم يلزمه عوض لصاحبه(٥)، لأن ما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عليه.

---

(١) انظر: الأم ٢٢١/٧.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١١٧/٧، المنثور للزركشي ١٣٩/٣، المهذب للشيرازي ٣٩٤/١، حياة الحيوان للدميري ٤١٦/٢. وقد "أجاز ذلك مالك مدة معلومة أو ضربات معلومة، واحتج الأبهرى بأنها بيع منفعة، وكما جاز للإنسان الانتفاع به جاز أن يبيعه ويعاوض عليه غير الوطء خاصة، وإنما الذي لا يجوز أخذ العوض عليه ما لا يجوز فعله "شرح صحيح البخاري لابن بطال ٤٦٢/٦. والحديث أخرجه البخاري ٩٤/٣ (٢٢٨٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما، ولفظه: "نهى النبي ﷺ عن عسب الفحل".

(٣) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٤٠٠/٨.

(٤) شرح النيل لأطفيش ٢٩/٨.

(٥) الكافي لابن قدامة ٤٠٥/٢.

٦- يجوز إعارة الهدي والأضحية لأنها إرفاق، كما يجوز الارتفاق بها وركوبها للحاجة، لكن لا يجوز إجارتها؛ لأن ما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عنه[١].

٧- مُنع بيع جلود الضحايا لكونها تذبح على جهة التقرب إلى الله سبحانه، وقصدا لأن يكون العوض عنها ثوابه، فلا يباح طلب العوض من جهة أخرى مخالفة للجهة التي أريقت دماء الأضاحي عليها، وكان الأصل منع أكل لحومها ومنع أكل لحوم الهدايا، لكن الشرع أذن في أكل اللحوم، وإذا جرى هذا مجرى الترخيص لم يخرج بالرخصة عما وجد فيها[٢]؛ لأن ما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عليه.

٨- إذا حمى الإمام أرضا للحاجة إلى ذلك؛ فإنه يحرم عليه أخذ العوض ممن يرعى فيه كالموات[٣] لأن ما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عليه.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: المجموع للنووي ٢٥٩/٨، المنثور للزركشي ١٣٩/٣.

(٢) انظر: شرح التلقين للمازري ٤٣١/٢، دار الغرب، الطبعة الأولى ٢٠٠٨ م.

(٣) انظر: اختلاف الأئمة لابن هبيرة ٤٣/٢، مواهب الجليل للحطاب ٤/٦، حاشية قليوبي٩٤/٣، بغية المسترشدين لعبد الرحمن باعلوي، دار الفكر، ص ١٦٨.

المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الرابعة: قواعد في العقد وتوابعه.

ثانيًا: قواعد في الشروط المقترنة بالعقد.



رقم القاعدة: ٩٢٤

نص القاعدة: الأَصْلُ فِي الشُّرُوطِ الجَوَازُ وَالصِّحَّةُ، وَلَا يَحْرُمُ مِنْهَا وَيَبْطُلُ إِلَّا مَا دَلَّ الشَّرْعُ عَلَى تَحْرِيمِهِ وَإِبْطَالِهِ نَصًّا أَوْ قِيَاسًا[١].

ومعها:

اشتراط الزيادة على مطلق العقد واشتراط النقص جائز ما لم يمنع منه الشرع[٢].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الأصل في الشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه[٣].

٢- الأصل في الشروط الصحة إلا ما دل الدليل على خلافه[٤].

٣- الأصل في الشروط الصحة، ما لم يدل دليل على المنع[٥].

٤- الضابط في الشروط التي لم تحرم الحلال بأصل الشرع، إلا أن يمنع مانع من نص أو إجماع[٦].

---

(١) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٣٢/٢٩.

(٢) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية ص ٢١.

(٣) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٣٤٤/١، تنقيح تحقيق أحاديث التعليق لشمس الدين الحنبلي ٥٦٩/٣.

(٤) الفتاوى الكبرى لابن تيمية٢٩/٣٤٦.

(٥) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي٣/٤٥٤.

(٦) انظر: رياض المسائل لعلي الطباطبائي ٢٥٠/٨.

قواعد ذات علاقة :

١- اشتراط الزيادة على مطلق العقد واشتراط النقص جائز ما لم يمنع منه الشرع[١]. (متفرعة).

٢- يجوز شرط كل تصرف فيه مقصود صحيح وإن كان فيه منع من غيره[٢]. (مكملة).

٣- الأصل في العقود رضا المتعاقدين[٣]. (معللة).

٤- الأصل في العقود الجواز[٤]. (مكملة).

٥- كل شرط لم يأت النص بإباحته أو إيجابه فهو باطل[٥]. (مخالفة).

٦- عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على الباطل حتى يقوم دليل على الصحة[٦]. (مخالفة).

شرح القاعدة :

الشرط: من شَرَط يشرِط ويشرُط، والشرط في البيع معروف، وشارطه فشرط له على كذا وكذا يشرط له[٧].

---

(١) القواعد النورانية لابن تيمية ص٢١٧.

(٢) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية ص ٢١٢.

(٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٥٥/٢٩. وانظر قاعدة: "التراضي هو المناط الشرعي في المعاملات" في قسم القواعد الفقهية.

(٤) مطالب أولي النهى للرحيباني ٦٠٨/٣، والفروع لابن مفلح ٣٢٣/٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المحلى ابن حزم ١٦٤/٨ بتصرف.

(٦) أضواء البيان للشنقيطي ٦٥٥/٤، وهو يحكي قول نفاة القياس.

(٧) انظر: العين للخليل بن أحمد ٢٣٤/٦، والمحيط في اللغة للطالقاني ٢٩١/٧.

وللشرط معاني متعددة يهمنا منها مقصود الفقهاء من مصطلحي الشرط والاشتراط وهو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه[١].

فالشرط المراد هنا هو الشرط الجعلي، أي ما كان من وضع المكلف لا من وضع الشارع، لذلك فرق الفقهاء بين شروط العقد والشروط في العقد، ومرادهم من الإطلاق الأول شروط صحة العقود، ومقصودهم من الإطلاق الثاني ما يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما في عقد من العقود مما لا يوجبه العقد في أصله قصد إلزام الآخر بسبب العقد ماله فيه منفعة[٢]. إذن فالإطلاق الثاني هو المعتبر في القاعدة موضوع الصياغة[٣].

ومدلول القاعدة أن المتعاقدين لهما كامل الحرية في أن يشترط أحدهما على صاحبه ما يشاء من الشروط التي تجلب له إما زيادة في العوض، كالزيادة في الذات المعقود عليها، أو الزيادة في المنفعة أو الشروط التي تقيد تصرف من وضعت عليه في ملكه فتنقص من مقتضى هذا الملك؛ إذ إن اشتراط الزيادة على مطلق العقد واشتراط النقص جائز ما لم يمنع منه الشرع، فالشرط جائز إذا قصد منه واضعه مقصوداً صحيحاً وإن كان فيه منع لغيره، كما جاء في قاعدة: «اشتراط الزيادة على مطلق العقد واشتراط النقص جائز ما لم يمنع منه الشرع»، وقاعدة: «يجوز شرط كل تصرف فيه مقصود صحيح وإن كان فيه منع من غيره»، وما اشترطه أحد العاقدين على صاحبه جائز صحيح إذا كان عن تراض ولم يمنع منه الشرع، فإذا وجد الشرط وانتفى المانع حكم عليه بالصحة، وهذا ما أكدته الصيغ الأخرى للقاعدة ودلت عليه قاعدة: «الأصل في العقود رضا المتعاقدين».

---

(١) انظر: فيض القدير للمناوي ٢/١٧٣ وحواشي الشرواني على تحفة المحتاج ٢/١٠٨.

(٢) انظر: المبدع لابن مفلح ٤/٥١.

(٣) انظر: قاعدة اشتراط ما لا يفيد لا يوفى بـه من قواعد المعلمة، (رقم ٢٢٩).

وهذه القاعدة مثار خلاف من حيث الأصل بين الجمهور من جهة وبين الظاهرية من جهة ثانية، وهي أيضًا – وإن اتفق الجمهور على اعتبارها عموما – محل تباين بينهم على مستوى الدلالة ما بين موسع ومضيق لما يصح ويباح من الشروط وما ليس كذلك، انطلاقا من الضابط الذي يعتبر في الجواز والمنع.

فالظاهرية يمنعون كل شرط لم يرد فيه نص يبيحه فيجعلون الأصل في الشروط -كما هو الأصل عندهم في العقود – الحظر فشروط المسلمين عندهم هي الشروط التي جاء القرآن والسنة بإباحتها نصا فقط وما سواها فهو باطل(١). وهذا المعنى هو ما ورد في القاعدتين المخالفتين للقاعدة: «كل شرط لم يأت النص بإباحته أو إيجابه فهو باطل» و«عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على الباطل حتى يقوم دليل على الصحة».

بينما الأمر عند الجمهور على خلاف ما ذكر الظاهرية، وفي ذلك يقول ابن القيم: «اعتقادهم [أي الظاهرية] أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة، فإذا لم يقم عندهم دليل على صحة شرط أو عقد أو معاملة استصحبوا بطلانه فأفسدوا بذلك كثيرًا من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله؛ بناء على هذا الأصل، وجمهور الفقهاء على خلافه، وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح»(٢).

ومع أن الجمهور لا يقولون بقول الظاهرية ويتوسعون في قبول الشروط إلا أنهم يجعلون لذلك قيودًا، فالأحناف يمنعون كل شرط خالف مقتضى العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين بغير عوض وفي ذلك يقول الزيلعي: «حقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، فيكون فيه فضل خال عن

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٨/٣٧٥.

(٢) إعلام الموقعين ١/٣٤٤.

العوض»[١]. ووافقهم على هذا القيد الشافعية فقال الماوردي: «أما الشرط الجائز: فما وافق حكم الشرع في مطلق العقد، مثل أن يشترط لزوجته أنه لا يتزوج عليها، أو يسافر بها... إلخ، أو أن تشترط هي عليه أن يوفيها صداقها أو غير ذلك، فكل هذه الشروط جائزة[٢]. وعلى هذا الرأي سارت طائفة من المالكية والحنابلة، مما جعل ابن تيمية يرى أن أصولهم ملحقة برأي الظاهرية وهذا نص قوله: «وكثير من أصول أبي حنيفة تنبني على هذا وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد، فإن أحمد قد يعلل أحيانًا بطلان العقد بكونه لم يرد فيه أثر ولا قياس. وكذلك طائفة من أصحابه قد يعلِّلون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد، ويقولون: ما خالف مقتضى العقد فهو باطل. وأما أبو حنيفة فأصوله تقتضي أنه لا يصحِّح في العقود شروطًا تخالف مقتضاها في المطلق، وإنما يصحِّح الشرط في المعقود عليه إذا كان العقد مما يمكن فسخه. والشافعي يوافقه على أن كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل، لكنه يستثني مواضع للدليل الخاص. وطائفة من أصحاب أحمد يوافقون الشافعي على معاني هذه الأصول، لكنهم يستثنون أكثر مما يستثنيه الشافعي، فيقولون كل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل إلا إذا كان فيه مصلحة للمتعاقدين»[٣].

إذن فالقاعدة تدل على أن الأصل في الشروط - كما هو في العقود - الصحة والجواز ولا يحرم منها ويبطل إلا ما خالف مقصود العقد أي ناقض ما شرع العقد لتحصيله[٤]، أو خالف نصًّا شرعيًّا مخالفة واضحة، أو خالف ما دل

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣١.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٩/٥٠٥.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٢٦ وما بعدها.

(٤) يميز ابن تيمية بين مطلق العقد والعقد المطلق حيث يرد على من اشترط عدم مخالفة الشرط لمقتضى العقد فيقول: "فمن قال هذا الشرط ينافي مقتضى العقد قيل له أينافي مقتضى العقد المطلق أو=

عليه القياس الصحيح - عند من يقول به - لا ما خالف مقتضى العقد المطلق.

وأكثر المذاهب توسُّعًا في قبول الشروط وتصحيحها مذهب الإمام أحمد ويليه مذهب الإمام مالك[١] إلا أن ابن تيمية، وهو صاحب هذه الصيغة المطلقة للقاعدة، قد توسع أكثر من الإمام أحمد والحنابلة، لأن الإمام أحمد لا يجوز أكثر من شرط واحد، يقول الرحيباني: «قال أحمد: إنما النهي عن شرطين في بيع، وهذا يدل بمفهومه على جواز الشرط الواحد»[٢].

وتوسع ابن تيمية راجع إلى ما يراه أنه مقتضى أصول الإمام أحمد، ومن هذا المنطلق قبل كل شرط فيه نفع لواضعه بدون قيد أو شرط إلا أن يخالف الشرع[٣].

والحاصل أن القاعدة حنبلية بالأساس وإن كان مبناها على مذهب الجمهور في أن الأصل في الشروط الجواز والصحة إلا أن القيد في هذه الصيغة هو الذي انبنى عليه الفرق، فالجمهور يقيدون المنع بعدم مخالفة مقتضى العقد بينما الأصل عند الإمام أحمد «جواز الشروط في العقود إلا أن يقوم على فسادها دليل شرعي، وليس الشرط الفاسد عنده ما يخالف مقتضى العقد عند الإطلاق بل ما خالف مقصود الشارع وناقض حكمه»[٤].

ومجال تطبيقها العقود عامة، وما يقترن منها بالشروط خاصة.

= مقتضى العقد مطلقًا؟ فإن أراد الأول فكل شرط كذلك، وإن أراد الثاني لم يسلم له، وإنما المحذور أن ينافي مقصود العقد كاشتراط الطلاق في النكاح، أو اشتراط الفسخ في العقد، فأما إذا شرط ما يقصد بالعقد لم يناف مقصوده. هذا القول هو الصحيح بدلالة الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي " مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٣٧-١٣٨.

(١) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٨٨ وانظر: القواعد والضوابط الفقهية للدكتور علي الندوي ص ٨٧.

(٢) مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٧١ وانظر: الكافي في فقه ابن حنبل ٢/٣٩.

(٣) انظر: الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٧٦، القواعد النورانية ص ١٨٨.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/٣٠٠.

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

فـ«إذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورًا به، علم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده، ومقصود العقد هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة»(١).

٢- عن جابر بن عبد الله أنه كان يسير على جمل له قد أعيا(٢) فأراد أن يسيِّبه قال: فلحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه فسار سيرًا لم يسر مثله، قال: «بعنيه بوقية». قلت: لا، ثم قال: «بعنيه»، فبعته بوقية واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي، فلما بلغت أتيته بالجمل فنقدني ثمنه، ثم رجعت فأرسل في أثري فقال: «أتراني ماكستك لآخذ جملك، خذ جملك ودراهمك فهو لك»(٣).

ووجه الدلالة من الحديث أن جابرًا ابتدأ ذلك الشرط من عند نفسه من غير سؤال: هل هو مما تقرّه الشريعة أو لا؟ وأقرَّه على ذلك النبي ﷺ، فدل ذلك على أن المتقرِّر عند جابر رضي الله عنه جواز الاشتراط وأن الأصل فيه الحلُّ، وإقرار النبي ﷺ ذلك منه دليل على الجواز.

٣- استصحاب الإباحة الأصلية إذ إن «العقود والشروط من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٤٧/٢٩.

(٢) أعيا: أي تلكأ وعجز عن المسير لشدة التعب: انظر: تاج العروس للزبيدي ١٥٨/٢٠ والقاموس المحيط للفيروز آبادي ٨٩٢/١.

(٣) رواه البخاري ١٨٩/٣ (٢٧١٨)، ومسلم واللفظ له ١٢٢١/٣.

يدل دليل على التحريم كما إن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩]. عامٌّ في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حرامًا لم تكن فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة»[١].

تطبيقات القاعدة:

أولاً: التطبيقات التي هي أحكام جزئية:

١- إذا باع شخص لغيره شيئًا وكان على المشتري دين لله من زكاة أو كفارة أو نذر أو دين لآدمي، فاشترط عليه وفاء دينه من ذلك المبيع جاز الشرط، أو اشترط المشتري على البائع وفاء الدين الذي عليه من الثمن ونحو ذلك فهو جائز[٢].

٢- إذا تزوج رجل امرأة وشرط لها أو اشترطت هي عليه ألا يتزوج عليها أو لا ينقلها من بلدها- جاز ذلك وكان الشرط صحيحا لازما عند الإمام أحمد، وهو قول عند الإمام مالك، فمتى خالف شيئًا من هذه الشروط فلها الخيار[٣].

٣- إذا باع شخص شيئًا واشترط أنه بريء من كل عيب فيه، فالشرط صحيح عند الإمام أبي حنيفة وعن الإمام أحمد ثلاث روايات أصحها أنه إذا لم يكن يعلم بوجود عيب فالشرط صحيح لازم[٤].

---

(١) الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٥٠ والإعلام لابن القيم ١/٣٤٤.

(٢) انظر: الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٧٧- ١٧٨.

(٣) انظر: اختلاف الأئمة الأعلام لابن هبيرة ٢/١٤٩.

(٤) انظر: الإعلام لابن القيم ٣/٣٩٣-٣٩٤ وانظر: الشرح الكبير للرافعي ٤/١٠٩.

٤- يجوز أن يشترط من باع شيئًا على المشتري أنه لا يبيعه لغير البائع وأن البائع يأخذه إذا أراد المشتري بيعه بالثمن الأول، مع أن هذا الشرط زائد على مقتضى العقد وفيه تحجير على المشتري في حرية تصرفه في ملكه ببيعه لمن شاء واختيار الثمن الذي يريد[١].

٥- لا بأس باشتراط تبقية الزرع في الأرض إذا بيع بعضه دون الآخر إلى أوان السنبل، ولا يعتبر تعيين مدة البقاء، بل يحمل على المتعارف من البلوغ، لأنه منضبط. ويلزم البائع حينئذ التبقية إلى الغاية[٢].

ثانيًا: التطبيقات التي هي قواعد فقهية:

٩٢٥- اشتراط الزيادة على مطلق العقد واشتراط النقص جائز ما لم يمنع منه الشرع[٣].

شرح القاعدة:

لقد سبق التنويه بأن هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة «الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا» وهي أيضًا فرع عن قاعدة «المؤمنون عند شروطهم»[٤].

وتتضح العلاقة بين هذه القاعدة وبين أصلها بالنظر إلى أن الشرط قد يكون متضمِّنا زيادة أو نقصانا في عين المعقود عليه وذاته أو في منافعه، فإذا اشترط أحد المتعاقدين شرطا ينقص به من عين المعقود عليه أو من منفعته أو

---

(١) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية ص٢١٣.
(٢) انظر: رياض المسائل لعلي الطباطبائي ٢٥١/٨.
(٣) القواعد النورانية ص ٢١٧.
(٤) شرح السير الكبير للسرخسي ٣٢١/٤، المدونة الكبرى ٤٥٨/٢.

يزيد فيهما جاز هذا الشرط. وهذا على رأي شيخ الإسلام ابن تيمية - صاحب هذه القاعدة المطلقة - بينما اتفقت المذاهب على بعض تطبيقاتها واختلفت في أخرى، يقول ابن تيمية: «وجماع ذلك أن المبيع الذي يدخل في مطلق العقد بأجزائه ومنافعه يملكان اشتراط الزيادة عليه وهو جائز، ويملكان اشتراط النقص منه بالاستثناء»(١). وأورد أمثلة على اشتراط الزيادة واشتراط النقصان منها قوله: «قد أجمع المسلمون فيما أعلمه على جواز استثناء الجزء الشائع، مثل أن يبيعه الدار إلا ربعها أو ثلثها، واستثناء الجزء المعين إذا أمكن فصله بغير ضرر مثل أن يبيعه ثمر البستان إلا نخلات بعينها، أو الثياب أو الماشية التي قد رأياها إلا شيئًا منها قد عيناه.

واختلفوا في استثناء بعض المنفعة كسكنى الدار شهرًا أو ركوب الدابة مدة معينة أو إلى بلد بعينه مع اتفاق الفقهاء المشهورين وأتباعهم وجمهور الصحابة على أن ذلك قد يقع»(٢).

ثم ختم بيانه لمدلول قاعدته بأنها موافقة «للقياس المستقيم في هذا الباب وهو الذي عليه أصول أحمد وغيره من فقهاء الحديث»(٣).

ثم بين أن هذه القاعدة فرع عن قاعدة الأصل في الشروط الجواز والصحة... بقوله: «فإذا كانت الزيادة في العين أو المنفعة المعقود عليها والنقص من ذلك ما ذكرت، فالزيادة في الملك المستحق بالعقد والنقص منه كذلك، فإذا شرط على المشتري أن يقف العين على البائع أو غيره أو أن يقضي بالعين دينًا عليه لمعين أو غير معين أو أن يصل به رحمه ونحو ذلك فهو اشتراط تصرف مقصود ومثله التبرع المفروض والتطوع»(٤).

---

(١) الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٧٠ - ١٧١.

(٢) انظر: الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٧١.

(٣) انظر: القواعد النورانية ص٢١٧.

(٤) الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٧٦.

تطبيقات القاعدة :

١- العقد المطلق يوجب سلامة الزوج من الجبِّ[١] والعِنَّة[٢] عند عامة الفقهاء وكذلك يوجب عند الجمهور سلامتها من موانع الوطء وسلامتها من الجنون والجذام، وكذلك سلامتهما من العيوب التي تمنع كماله كخروج النجاسات منه أو منها ونحو ذلك. ثم لو شرط أحد الزوجين في الآخر صفة مقصودة، كالمال والجمال والبكارة ونحو ذلك، صح ذلك وملك المشترط الفسخ عند فواته في أصح الروايتين عن أحمد وأصح وجهي الشافعي وظاهر مذهب مالك. وكذلك لو اشترط نقص الصفة المستحقة بمطلق العقد مثل أن يشترط الزوج أنه عنين أو المرأة أنها مجنونة صح هذا الشرط باتفاق الفقهاء[٣].

٢- إذا اكترى الرجل دارًا واشترط ثمرة نخلات فيها وفي النخل ثمرة لم تطب أو طلع فالكراء جائز[٤].

٣- يجوز لبائع الثمار والخضر ومغيب الأصل كالجزر استثناء الجزء الشائع كالربع والثلث والنصف وأقل من ذلك وأكثر[٥].

٤- يجوز للرجل أن يبيع الشيء [كالدار أو الأرض] أو يهبه ويستثنى بعض منفعة ذلك مدة معلومة[٦].

---

(١) جُبَّ الرجل فهو مجبوب إذا استؤصلت مذاكيره. انظر: أساس البلاغة للزمخشري ١/٨٠.

(٢) العنين هو الذي لا يقدر على إتيان النساء. انظر: المغرب في ترتيب المعرب ٢/٨٦.

(٣) انظر: الفتاوى لابن تيمية ٢٩/١٦٥-١٧٦.

(٤) انظر: المدونة الكبرى الإمام مالك ١٢/٣٤.

(٥) انظر: شرح ميارة الفاسي على التحفة ١/٤٨٨.

(٦) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣٧٥. والكافي لابن عبد البر ص ٣٣٢، الكافي لابن قدامة ٢/٣٦، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح لعلي بن سلطان القاري ١١/٥٩.

٥- يجوزون أن يقف المسلم الشيء على غيره ويستثنى بعض منفعته مدة معلومة أو إلى حين موته[١].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٤٥.

رقم القاعدة: ٩٢٦

نص القاعدة: كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- كل شرط خالف كتاب الله فهو باطل[٢].

٢- كل شرط ليس في حكم الله وحكم رسوله جوازه فهو باطل[٣].

٣- كل شرط يغير حكم الشرع يكون باطلاً[٤].

٤- الشرط الذي جرى مخالفا لحكم الشرع يكون باطلاً[٥].

---

(١) هو جزء من حديث شريف رواه البخاري ١/٩٨ (٤٥٦) وفي مواضع أخر، ومسلم ٢/١١٤٢ (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها بنحوه، والمذكور لفظ أحمد ٤٢/٥١٦ (٢٥٧٨٧)، والنسائي ٦/١٦٤ (٣٤٥١)، وابن ماجه ٢/٨٤٢ (٢٥٢١). وهو بنصه قاعدة كلية، اعتمدها الفقهاء بلفظها، وجعلوها أصلا في باب الشروط الباطلة. وانظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال٧/٢٧٢، الاستذكار لابن عبد البر ٥/٤٤٤، المبسوط للسرخسي ١٠/١٢٩، المقدمات الممهدات لابن رشد الجد ٢/٥١٨، الأم للشافعي ٥/٧٩، الحاوي للماوردي ٩/٥٠٥، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤/٣٧٧، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥/١٤١.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٥/٣٥٣، عمدة القاري للعيني ١٤/٢٠. وقد أخرجه البخاري في صحيحه ٣/١٩٨ من قول عمر أو ابنه معلقًا. ووردت في إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣٠٢ بلفظ: "كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل".

(٣) التمهيد لابن عبد البر ١٨/١٧٠.

(٤) ترتيب اللآلئ لناظر زاده ٢/٩٢٤.

(٥) شرح السير الكبير للسرخسي ٥/١٧٥٣. ووردت في المبسوط للسرخسي ٥/٢٢١ بلفظ: "الشرط المخالف لحكم الشرع باطل".

٥- كل شرط بغير حكم شرعي باطل[١].

٦- كل شرط خالف كتاب الله وسنة رسوله فهو لاغ وباطل[٢].

٧- كل شرط يخالف أصول الشّريعة باطل[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- المسلمون عند شروطهم[٤]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٢- الأصل في الشروط الجواز والصحة[٥]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٣- كل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل[٦]. (أخص).

٤- كل ما كان أمانة أو مضمونا لا يزول عن حكمه بالشرط[٧]. (أخص).

٥- كل ما كان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه[٨]. (أخص).

٦- الشرط الباطل لا يؤثر في العقد[٩]. (مكملة).

---

(١) خاتمة مجامع الحقائق للخادمي ص ٦٠.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣٨٦/٢.

(٣) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ١٠٨٩/٢.

(٤) هو نص حديث نبوي أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٤٥٠/٤، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٩٠/٤، وقد علقه البخاري في صحيحه ٩٢/٣ بصيغة الجزم. ورواه الترمذي٦٣٤/٣-٦٣٥ (١٣٥٢)، وابن ماجه ٧٨٨/٢ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٢٧/٣ (٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦٥/٦ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه بلفظ "على شروطهم"، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٣٢/٢٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٥٦/٥. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كل شرط يخالف مقصود العقد فهو باطل".

(٧) الإقناع لموسى الحَجَّاوي ٣٣٥/٢. ووردت في إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٠٧، قاعدة: ٧٩ بلفظ: "التزام ما يخالف سنة العقود شرعًا من ضمان أو عدمه ساقط". وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٩٩.

(٩) نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص ١٠١.

شرح القاعدة:

المراد بالكتاب: الحكم[1]، كما في «قوله تعالى: ﴿كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ﴾ [النساء: ٢٤]، وقول النبي ﷺ: «كتاب الله القصاص»[2] في كسر السِّنّ. فيكون معنى ليس في كتاب الله: «ليس في حكم الله وشرعه»[3]، وقال القرطبي: «ليس مشروعا في كتاب الله، لا تأصيلا ولا تفصيلا»[4].

ومعنى القاعدة: أن «من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع أو النكاح أو الإجارة أو النذر أو غير ذلك شروطا تخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه، أو النهي عما أمر اللّه به، أو تحليل ما حرمه، أو تحريم ما حلله، فهذه شروط باطلة»[5]، لا تثبت حقا، ولا تفيد ملكا، ولا يترتب عليها أثر من الآثار، ويكون وجودها كعدمها. فإذا اشترط المؤجر على المستأجر عدم الانتفاع بالعين المؤجرة في الإجارة، أو اشترط الرجل على المرأة ألا يثبت لها منه مهر ولا ميراث في عقد النكاح كان الشرط باطلا، لأنها تنافي المقصود من عقودها، و«شرط خلاف مقتضى العقد فاسد»[6]، لأنه يخالف حكم الله، وإذا «جعل الزوج العصمة بيد الزوجة بشرطٍ في العقد متى شاءت طلقت نفسها فهذا الشرط باطل؛ لكونه يخالف مقتضى العقد»[7].

ومعرفة كون الشرط مخالفا لحكم الله وشرعه قد يكون عن طريق النص؛

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٠/١٣٨. وانظر: التيسير للمناوي ١/٢٣٢.

(٢) رواه البخاري ٣/١٨٦ (٢٧٠٣)، ومسلم ٣/١٣٠٢ (١٦٧٥) من حديث أنس رضي الله عنه.

(٣) المغني لابن قدامة ٧/٧١، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٦٦٥.

(٤) المفهم لما أشكل من تلخيص صحيح مسلم لأبي العباس القرطبي ٤/٣٢٦.

(٥) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٢٤٨.

(٦) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٤/٧١.

(٧) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ٢٠/١٠.

كاشتراط الزيادة عند تأخر المدين في السداد في الوقت المحدد، فهو ربا، أو اشتراط ما يلزم منه الجهالة والغرر، وقد يكون عن طريق القواعد المستنبطة من النصوص الشرعية؛ كقاعدة: «كل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل»، وقاعدة: «كل ما كان حراما بدون الشرط فالشرط لا يبيحه»، وقاعدة: «كل ما كان أمانة أو مضمونا لا يزول عن حكمه بالشرط»، وهذه كلها تضبط جانبا من جوانب القاعدة، وقد أجاد الإمام الشاطبي فوضع معيارا فاصلا بين الشرط الصحيح والباطل فقال: «الشروط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام:

أحدها : أن يكون مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال؛ كاشتراط الإمساك بالمعروف، والتسريح بإحسان في النكاح، واشتراط الرهن، والحميل، والنقد أو النسيئة في الثمن في البيع، وما أشبه ذلك... فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعا؛ لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكما.

والثاني : أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط، ولا مكمل لحكمته، بل هو على الضد من الأول؛ كما إذا اشترط في الصلاة أن يتكلم فيها إذا أَحَب، أو اشترط في الاعتكاف أن يخرج عن المسجد إذا أراد - بناء على رأي مالك، أو اشترط في النكاح أن لا ينفق عليها أو أن لا يطأها وليس بمجبوب ولا عنّين، أو شرط في البيع أن لا ينتفع بالمبيع، وما أشبه ذلك؛ فهذا القسم أيضًا لا إشكال في إبطاله، لأنه مناف لحكمة السبب، فلا يصح أن يجتمع معه.

والثالث : أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة، وهو محل نظر: هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة؟ أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهرا؟ والقاعدة المستمرة في أمثال هذا: التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد، دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا

بإذن؛ إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط، وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه»(١).

ولكن هل يؤثر الشرط الباطل في العقود والتصرفات فيبطلها أم يفسد الشرط وحده، ويبقى العقد صحيحًا، فالأمر محل خلاف بين الفقهاء، ولكل مذهب معاييره الخاصة في تحديد الشرط المفسد من غيره، وهي تتفق في كثير من الصور والحالات، وتختلف في أخرى. ومن القواعد الحاكمة في ذلك قاعدة: «كل شرط يناقض مقتضى العقد ويغير موجبه فهو مفسد»(٢)، وقاعدة: «التبرع لا يبطل بالشرط الفاسد»(٣)، وقاعدة: «كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، ومَا لا فلا»(٤).

وهذه القاعدة محل اتفاق بين الفقهاء في أصلها، قال ابن بطال: «أجمع العلماء أن من شرط ما لا يجوز في السنة أنه لا ينفعه شرطه ذلك، وأنه مردود، في بيع كان الشرط، أو عتق، أو غير ذلك من الأحكام»(٥)، وإنما وقع الخلاف بين الفقهاء في بطلان طائفة من الشروط لاختلافهم في تحقق مناط الحكم فيها، وانطباق ضابط البطلان عليها، فمثلا نرى أن عامة الفقهاء يقررون أن «كل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل»(٦). وذلك «لأنه يخرج بالعقد عن موضوعه

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبي ١/٤٣٨-٤٤٠، ط. دار ابن عفان.

(٢) التاج والإكليل للمواق ٥٤٧/٦.

(٣) الذخيرة البرهانية لابن مازه ٥٧٩/٥، البناية للعيني ٣٠٨/٥.

(٤) الدر المختار للحصكفي مع رد المحتار لابن عابدين ٥/٢٤٠-٢٤١.

(٥) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٧٩/٧.

(٦) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٥٦/٥، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٧٧/٤. ومن الجدير بالذكر أن الفقهاء مع اتفاقهم على هذه القاعدة يتفاوتون في تطبيقها، ما بين موسع ومضيق، يقول الشيخ وهبة الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته ٥٦٤/٤: "ويلاحظ أن الحنابلة حصروا الشرط المنافي في=

الشرعي»[١] ولكنهم يختلفون في جملة من المسائل نتيجةً لاختلافهم في اعتبار بعض الشروط من قبيل الشروط المخالفة لمقتضى العقد أو لا، قال السبكي: «قد يتردد في أن الشيء من مقتضى العقد أو لا؟ فيورث ذلك ترددا في أن شرطه هل يبطل أو لا؟»[٢]، ومن ذلك اختلافهم في صحة اشتراط الزوجة على الرجل في عقد النكاح أن لا يتزوج عليها، فذهب الحنابلة إلى أنه شرط صحيح، يلزم الوفاء به؛ لأنه شرط لا ينافي مقتضى العقد، ولها فيه منفعة مقصودة[٣]، وخالف الشافعية فجعلوه من الشروط الفاسدة المخالفة لمقتضى العقد، قال الخطيب الشربيني: «وإن خالف الشرط مقتضى عقد النكاح، ولم يخل بمقصوده الأصلي، وهو الوطء؛ كشرط أن لا يتزوج عليها أو أن لا نفقة لها، صح النكاح لعدم الإخلال بمقصوده، وهو الوطء، وفسد الشرط، لقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»»[٤].

وخالف ابنُ حزم جمهورَ الفقهاء في تفسير القاعدة، وحملها على ظاهرها، فذهب إلى أن كل شرط لم يرد به نص بعينه أو إجماع فهو باطل، حيث يقول: «كل شرط لم يأت النص بإباحته أو إيجابه فليس من شروط المسلمين، بل هو من شروط الكافرين أو الفاسقين، لقول رسول الله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»»[٥]، ويقول: «كل شرط اشترطه إنسانٌ على

= المناقضة لمقصود العقد الأصلي. فلو شرط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه، فإنه يكون منافيًا أو مبطلاً للمقصود الأصلي من العقد، وهو الملك المبيح للتصرف. أما إذا شرط البائع منفعة أخرى كسكنى الدار أو زراعة الأرض، فإنه لا يكون منافيًا لمقتضى العقد، ويكون الشرط صحيحًا. أما الحنفية فقد توسعوا في تفسير المنافاة، وقالوا: كل ما يكون من الشروط فيه منفعة لأحد المتعاقدين، يكون منافيًا لمقتضى العقد".

(١) الشرح الممتع على زاد المستقنع للعثيمين ٩/٩٩.

(٢) الأشباه والنظائر للسبكي ١/٢٧٤.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٧/٧١، كشاف القناع للبهوتي ٥/٩١.

(٤) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤/٣٧٦ - ٣٧٧. وانظر: روضة الطالبين للنووي ٧/٢٦٥.

(٥) المحلى لابن حزم ٦/٤٦٨.

نفسه، أو لها على غيره، فهو باطل، لا يلزم من التزمه أصلا إلا أن يكون النص أو الإجماع قد ورد أحدهما بجواز التزام ذلك الشرط بعينه أو بإلزامه»[١].

أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [سورة الحجرات: ١]. قال الجصاص: «اعتبر عموم الآية في النهي عن مخالفة النبي ﷺ في قول أو فعل»[٢]، والشرط المخالف لكتاب الله داخل في عموم النهي.

٢- القاعدة لفظ حديث نبوي صحيح روته عائشة رضي الله عنها: أن بريرة جاءت تستعينها في كتابتها، ولم تكن قضت من كتابتها شيئًا، قالت لها عائشة: ارجعي إلى أهلك، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك، ويكون ولاؤك لي، فعلت، فذكرت ذلك بريرة لأهلها، فأبوا، وقالوا: إن شاءت أن تحتسب عليك، فلتفعل، ويكون ولاؤك لنا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال لها رسول الله ﷺ: «ابتاعي، فأعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق» قال: ثم قام رسول الله ﷺ، فقال: «ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة شرط الله أحق وأوثق»[٣].

٣- ما رواه عمرو بن عوف المزني أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٥/٣١.
(٢) أحكام القرآن للجصاص ٣/٥٩٢.
(٣) سبق تخريجه.

على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما»[١] فالحديث نص في أن «المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله»[٢].

٤- الإجماع على بطلان الشروط المخالفة لحكم الله تعالى[٣].

تطبيقات القاعدة :

١- لو اشترط المعتكف عند دخوله في المعتَكَف أن يخرج لإتيان أهله أثناء الاعتكاف لم يصح شرطه؛ لأنه محلِّلٌ لما حرم الله، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل[٤].

٢- إذا قال: بعتك هذه السلعة بشرط ألا تبيعها لأحد، أو بشرط ألا تهبها لأحد. فالشرط باطل؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، ومن اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل[٥].

٣- إذا استأجر أجيرا، وشرط عليه أن لا يصلي الصلوات التي تتخلل فترة عمله فالشرط باطل، لا يحل الوفاء به[٦]؛ لأنه يخالف كتاب الله، وكل شرط يخالف كتاب الله فهو باطل.

٤- من تزوج امرأة فشرطت عليه أن يطلق ضرتها لم يصح الشرط، لأنه

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٩٨.

(٣) انظر: شرح صحيح البخاري لابن بطال ٧/٧٩، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٢٤٨.

(٤) انظر: الشرح الممتع للعثيمين ٦/٥٢٨-٥٢٩.

(٥) انظر: الكافي لابن قدامة ٢/٢٢-٢٣، المبدع لابن مفلح ٤/٥٥-٥٦، الروض المربع للبهوتي ص ٣٢٠.

(٦) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/٢٩١.

يخالف قول رسول الله ﷺ: «لا تسأل المرأة طلاق أختها لِتَكْفَأَ ما في إنائها»[١]، وكل شرط يخالف حكم الله فهو باطل[٢].

٥- إذا دفع شخص إلى آخر مبلغًا من المال ليتاجر به، واشترط عليه أن يكون الربح قدرًا معلومًا من الدراهم - كألف درهم كل شهر - أو يكون نسبةً معلومةً من رأس المال، كأن يعطيه كل شهر - مثلاً- عشرة بالمائة من رأس المال بطل الشرط والعقد؛ وذلك لاحتمال أن لا يربح أصلا، أو لا يربح غيرها فيختص بها من سمي له، وهو مناف لموضوع الشركة[٣]، وكل شرط ينافي حكم الله فهو باطل.

٦- من اشترط في الوقف شرطا يخالف شرع الله فهو باطل[٤]، فمن وقف دارا واشترط أن يصرف من غلتها على أماكن اللهو والفجور أو على طباعة كتب الزندقة والبدعة فشرطه باطل؛ لأنه يخالف شرع الله، وكل شرط يخالف حكم الله فهو باطل.

٧- إذا شرط الراهن في الرهن شرطًا ينافي مقتضاه مثل أن يقول رهنتك على أن لا يباع في الدين أو على أن منفعته لك فالشرط باطل؛ إذ كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل[٥].

٨- من باع شيئًا على أنه بريء من كل عيب فيه، باطنًا كان أو ظاهرًا، علمه أو لم يعلمه، كان الشرط باطلا، ولا يبرأ البائع من شيء من

---

(١) رواه البخاري ٦٩/٣ (٢١٤٠) وفي مواضع، واللفظ له، ومسلم ١٠٢٩/٢ (١٤٠٨) وفي مواضع، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) انظر: روضة الطالبين للنووي ٢٦٥/٧، المغني لابن قدامة ٧٢/٧.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٢٣/٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٠٩/٢، الروض المربع للبهوتي ص ٤٠١.

(٤) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٨/٣١.

(٥) انظر: المهذب للشيرازي ٩٤/٢، البيان للعمراني ٤٥/٦.

العيوب، ولا يسقط حق الرد، وذلك لأنه خيار ثابت بالشرع فلا ينفى بالشرط، ولأنه من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع، ومن باب الغبن والغش إذا علمه، وهما منفيان شرعا[١]، وكل شرط يخالف حكم الله فهو باطل.

٩- إذا شرط الدائن على المدين أن يدفع له مبلغا من المال غرامة مالية جزائية محددة أو بنسبة معينة عن كل شهر إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، بحجة التعويض عن الضرر فهو شرط باطل، لا يحل الوفاء به، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره؛ لأنه شرط ربوي[٢]، وكل شرط يخالف كتاب الله فهو باطل.

١٠- إذا اشترط المؤجر على المستأجر زيادة نسبة من الأجرة إذا لم يسدد الإيجار في الموعد المتفق عليه بين الطرفين فالشرط باطل؛ لأنه من الربا[٣]، وكل شرط يخالف كتاب الله فهو باطل.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: البيان للعمراني ٣٢٥/٥، فتح العزيز بشرح الوجيز للرافعي ٣٣٩/٨، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥٩٧/٣. وهذا في المعتمد عند الحنابلة والشافعية، إلا أن الشافعية استثنوا الحيوان فقالوا: يبرأ البائع من عيب واحد، وهو العيب الباطن في الحيوان إذا لم يعلم به. وانظر الخلاف في المسألة في: بداية المجتهد لابن رشد ٢٠٠/٣، الحاوي الكبير للماوردي ٢٧٢/٥- ٢٧٣، المغني لابن قدامة ١٢٩/٤.

(٢) انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورة الحادية عشرة، القرار الثامن، ص ٢٦٦.

(٣) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ١١٥/١٥.

رقم القاعدة: ٩٢٧

نص القاعدة: "المُسْلِمُون عِنْدَ شُرُوطِهِم"[١].

صيغ أخرى للقاعدة

١- يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان[٢].

٢- الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن[٣].

٣- مقاطع الحقوق عند الشروط[٤].

٤- الوفاء بالشرط واجب[٥].

---

(١) رواه الترمذي ٣/٦٣٤-٦٣٥ (١٣٥٢)، وابن ماجه ٢/٧٨٨(٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/٢٧(٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه بلفظ " على شروطهم"، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علق البخاري قوله "المسلمون عند شروطهم" ٣/٩٢ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٢/٥٧ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما، والحديث مروي أيضًا عن غيرهم من الصحابة. انظر: التلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني ٣/٥٤.

(٢) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/١١٨٠، مجامع الحقائق للخادمي ص ٤٧، المجلة – وشروحها – المادة ٨٣، قواعد الفقه للمجددي ص ١٤٣، المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/١٠٣١، الوجيز للبورنو ص ٣٥٧.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٩٨. وفي لفظ: "الشروط إنما تعتبر بقدر الإمكان" القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للندوي ص ٤٨٩.

(٤) أثر عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أخرجه البخاري معلقًا بصيغة الجزم في كتاب النكاح، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ٢/٩٧٠، وابن أبي شيبة في مصنفه ٧/٢٤٩.

(٥) قواعد الفقه للبركتي ص ١٣٨.

٥- الأصل في الشروط الصحةُ واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه[١].

٦- من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه[٢].

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل في العقود والشروط فيها الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته[٣]. (مخالفة).

٢- أيما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل[٤]. (مقيِّدة).

٣- كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل[٥]. (مقيِّدة).

٤- المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا[٦]. (وحدة الموضوع).

٥- كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرط[٧]. (وحدة الموضوع).

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤٦/٢٩. وفي لفظ: "الأصل في الشروط الوفاء" الفروع لابن مفلح ١٦٦/٥.

(٢) قول شريح – رحمه الله تعالى – حكاه عنه البخاري٩٨١/٢ بصيغة الجزم في كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٢٦/٢٩.

(٤) حديث مرفوع أخرجه البخاري ٩٠٤/٢ (٢٤٢٤)، ومسلم ١١٤١/٢ (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

وهناك قاعدة أخرى في معنى هذا الحديث: "كل شرط يغير حكم الشرع يكون باطلاً". ترتيب اللآلي ٩٢٤/٢. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل".

(٥) مجموع الفتاوى ابن تيمية ١٢٩/٢٩. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كل شرط يخالف مقصود العقد فهو باطل".

(٦) المجلة، المادة ٤٣. وفي لفظ: "المتعارف كالمشروط" المغني لابن قدامة ٣٠٠/٥، وفي لفظ ثالث: "المشروط عرفًا كالمشروط لفظًا" زاد المعاد لابن القيم ١١٨/٥. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العرف كالشرط".

(٧) المبدع لابن مفلح ١٤٥/٥. وفي لفظ: "اشتراط الضمان على الأمين باطل" المبسوط للسرخسي=

شرح القاعدة:

هذه القاعدة نص حديث نبوي كريم، وهو من جوامع كلمه ﷺ، وهو وإن كان لفظه الخبر إلا أن معناه الأمر، أي اثبتوا على شروطكم وقفوا عندها وأوفوا بها.

وهو أصل من أصول المعاملات والعقود المالية، اتفق عليه عامة الفقهاء - في الجملة - إلا الظاهرية الذين قالوا: إن الأصل في العقود والشروط فيها الحظر إلا ما ورد الشرع بإباحته[1]، وضعفوا هذا الحديث من قِبَل إسناده، وقالوا: حتى لو صح هذا الحديث فإنه حجة لنا؛ لأنه ليس على عمومه، بل يعني الشروط التي نص الشارع على جوازها؛ لأن شروط المسلمين هي الشروط التي أباحها الله تعالى لهم، وأما كل شرط لم يأت النص بإباحته أو إيجابه فليس من شروط المسلمين؛ لقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»؛ وقد أخذوا بظاهر هذا الحديث الصحيح المتفق عليه، ولم يصححوا من الشروط إلا ما ورد النص بجوازه، بل لقد حصروا الشروط الصحيحة في

= ١٥٧/١١. وفي لفظ ثالث: "لا ضمان على الأمين". الشرح الكبير للدردير ٥٦١/١. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كل ما كان أمانة أو مضمونًا لا يزول عن حكمه بالشرط".

وروي عن أحمد ما يدل على نفي الضمان بشرطه، لهذا الحديث المذكور هنا، والمذهب هو الأول، والله أعلم. انظر: المبدع في الموضع نفسه، الإنصاف للمرداوي ١١٣/٦.

(١) تجدر الإشارة هنا إلى أن شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى - يرى أن كثيرًا من أصول أبي حنيفة وأصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد أيضًا تنبني على أن الأصل في الشروط الحظر، مع أنهم يخالفون الظاهرية ويتوسعون في الشروط أكثر لقولهم بالقياس وسائر ما ينفردون به عن الظاهرية. ونحو ذلك قال أيضًا الشيخ مصطفى الزرقا من أن الجمهور يرون أن الأصل الشرعي في حرية الشروط العقدية عندهم هو التقييد، نتيجة تمسكهم بنظرية مقتضى العقد، وهذا في مقابل الاجتهادات التي ترى أن الأصل في حرية الشروط العقدية هو الإطلاق، وأن هذا هو مبنى الاجتهاد الحنبلي. انظر: مجموع الفتاوى ١٢٦/٢٩، ١٢٧، المدخل الفقهي العام للزرقا ص٤٧٥-٤٧٦. وراجع أيضًا شرح القواعد السعدية لعبد المحسن الزامل ص ١٧٤.

البيع وسائر العقود بشروط سبعة ورد جوازها في الكتاب والسنة، ولم يصححوا ما سواها من الشروط[١].

لكن معنى الحديث عند الجمهور أن كل شرط ليس مشروعًا في حكم الله وشرعه بوجه من الوجوه المعتبرة، فإنه شرط باطل، لا أن كل شرط لم ينص عليه بعينه في الكتاب والسنة يكون باطلاً[٢].

والعمل بهذه القاعدة مقيد بشروط، هي:

١- أن يكون الشرط موافقًا لحكم الشرع، أما الشرط الذي جرى مخالفًا لحكم الشرع فيكون باطلاً، كمن زوَّج وليَّته من رجل على أن يزوجه الآخر وليته بدلاً منها، وتكون إحداهما مهرًا للأخرى، فإن هذا النكاح باطل؛ لأنه نكاح الشغار المنهي عنه[٣].

٢- أن يكون الشرط غير مخالف لمقتضى العقد[٤]، فإن كان مخالفًا له، فإنه شرط لاغٍ غير معتبر، كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع ولا يهبه.

٣- كما أن مراعاة الشرط مقيدة بقدر الإمكان، ولا مؤاخذة فيما كان فوق الجهد والإمكان ولا اعتبار له في هذه الحالة-كما يفيده بعض صيغ

---

(١) انظر: المحلى ٨/٨١، ١٦٢ - ١٦٤، ٣٥٨، ٣٧٥، ٩/٤٤، ١١٩.

(٢) انظر: التمهيد لابن عبد البر ١٨/١٧٠، المغني لابن قدامة ٨/٤٤٨، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/١٦٠ - ١٦٣، ٣٤٧، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ١/٥٥١، ٥/١٨٨، ٣٥٣.

(٣) انظر: المرجع السابق ٩/١٦٣.

(٤) اصطلاح "مقتضى العقد" هو المشهور عند عامة الفقهاء، ومنهم فقهاء الحنابلة، غير أن الإمام ابن تيمية -رحمه الله تعالى- يرى أن الأدق -بل الصواب- "مقصود العقد"، وقد فرق بين المصطلحين، فقال: إن المحذور في الشروط هو أن تنافي مقصود العقود، لا أن تنافي مقتضاها. انظر: مجموع الفتاوى ٢٩/١٣٨، ١٥٥.

القاعدة، مثل الصيغة الأولى والثانية[1] -كما إذا قال المودع للمودع: أمسك الوديعة بيدك ولا تضعها ليلاً ولا نهارًا فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها؛ لأن ما شرطه عليه ليس في الوسع باعتبار العادة، لكن لو اشترط عليه أن لا يسافر بها. وسافر بها فهلكت فهو ضامن لمخالفته الشرط[2].

ومن المعلوم أن الشرط عند الحنفيّة ثلاثة أقسام: صحيح وفاسد وباطل، فهم يفرّقون بين الفساد والبطلان.

وذهب جماهير الفقهاء - وهم الذين لا يفرّقون بين الفساد والبطلان، ويقولون: إنهما واحد - إلى أنه قسمان: صحيح وباطل أو صحيح وفاسد. وسنذكر فيما يلي ضوابط الشرط الصحيح وضوابط الشرط الفاسد.

أولاً: الشّرط الصّحيح:

«**ضابطه عند الحنفيّة**: اشتراط صفة قائمة بمحلّ العقد وقت صدوره، أو اشتراط ما يقتضيه العقد - أو ما يلائم مقتضاه - أو اشتراط ما ورد في الشّرع دليل بجواز اشتراطه أو اشتراط ما جرى عليه التّعامل.

---

(١) انظر: شرح الأتاسي ٣٣٦/١.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢١/١١.

وهناك قيد آخر نص عليه الحنفية، وقال به بعض المالكية، وهو: أن يكون الشرط مفيدًا أما الشرط الذي ليس بمفيد فلا يكون معتبرًا - انظر: المرجع نفسه ٢٨/٢، ١١٦، قواعد الفقه للمجددي ص ٨٤ - وعبر المالكية عن هذا القيد بصيغة التقعيد، فقالوا: "اشتراط ما لا يفيد هل يجب الوفاء به أم لا؟" شرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي ٦٣٦/١، وانظر: مواهب الجليل للحطاب ١٩٨/٥، الذخيرة للقرافي ٥٣/٥، إيضاح القواعد للحجي القاعدة ص ٧٦.

ومثاله: إن تكارى منزلاً على أن ينزله وحده لا ينزله غيره وتزوج امرأة أو امرأتين فله أن ينزلها معه وليس الشرط بشيء، لأنه غير مفيد فكل ما كان السكان في الدار أكثر كان ذلك أعمر لها. انظر: المبسوط ١٤٨/١٥.

وضابطه عند المالكيّة: اشتراط صفة قائمة بمحلّ العقد وقت صدوره أو اشتراط ما يقتضيه العقد أو اشتراط ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه.

وضابطه عند الشّافعيّة: اشتراط صفة قائمة بمحلّ العقد وقت صدوره أو اشتراط ما يقتضيه العقد أو اشتراط ما يحقّق مصلحةً مشروعةً للعاقد.

وضابطه عند الحنابلة: اشتراط صفة قائمة بمحلّ العقد وقت صدوره أو اشتراط ما يقتضيه العقد أويؤكّد مقتضاه أو اشتراط ما أجاز الشّارع اشتراطه أو اشتراط ما يحقّق مصلحةً للعاقد»[١].

ثانيًا: الشّرط الفاسد أو الباطل:

هو ضربان: **أحدهما**: ما يفسد العقد ويبطله، **وثانيهما**: ما يبقى التّصرّف معه صحيحًا.

الضّرب الأول: ما يفسد العقد ويبطله:

ضابط هذا الضّرب عند الحنفيّة: اشتراط أمر يؤدّي إلى غرر غير يسير أو اشتراط أمر محظور أو اشتراط ما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه ولا يلائم مقتضى العقد ولا ممّا جرى عليه التّعامل بين النّاس ولا ممّا ورد في الشّرع دليل بجوازه.

وضابطه عند المالكيّة: اشتراط أمر محظور أوأمر يؤدّي إلى غرر أو اشتراط ما ينافي مقتضى العقد.

وضابطه عند الشّافعيّة: اشتراط أمر لم يرد في الشّرع أو اشتراط أمر يخالف مقتضى العقد أو اشتراط أمر يؤدّي إلى جهالة.

---

(١) الموسوعة الفقهية ١١/٢٦. وانظر أنواعه وأمثلته في المذاهب المختلفة في الموضع نفسه.

وضابطه عند الحنابلة: اشتراط عقدين في عقد أو اشتراط شرطين في عقد واحد أو اشتراط ما يخالف المقصود من العقد.

الضّرب الثّاني: من ضربي الشّرط الفاسد: هو ما يبقى التّصرّف معه صحيحًا إمّا لأنّ المشترط أسقطه أو يبقى التّصرّف معه صحيحًا سواء أسقطه المشترط أو لم يسقطه. وهذا الضّرب قسمان:

أحدهما: ما يحكم معه بصحّة التّصرّف إذا أسقطه المشترط، وقد ذكره المالكيّة في أقسام الشّرط الباطل. وضابطه عندهم اشتراط أمر يناقض المقصود من البيع أو يخلّ بالثّمن فيه أو يؤدّي إلى غرر في الهبة.

القسم الثّاني: ما يحكم معه بصحّة التّصرّف سواء أسقطه المشترط أو لم يسقطه.

وهذا القسم يتناول الشروط الباطلة الّتي تسقط ويصحّ معها التصرّف عند الحنفية، والشّروط الباطلة التي يصح معها التّصرّف عند المالكيّة والشّروط الفاسدة التي يصحّ معها التّصرّف عند الشّافعيّة والحنابلة، وقد سبقت ضوابط ذلك[١].

ويتبين مما سبق أن أكثر هذه ضوابط هذه القاعدة متفق عليها بين جمهور العلماء، إلا أنهم عند تخريج الفروع عليها قد يختلفون في شرط بعينه: هل تنطبق عليه شروط هذه القاعدة أو لا؟[٢] والمتأمل في مذاهب الفقهاء يرى أن

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية ١٣/٢٦. وانظر أنواعه، وأمثلة كل نوع في الموضع نفسه.

(٢) ومن أمثلة ما اختلفوا فيه من الشروط: أن تشترط الزوجة على زوجها في عقد النكاح ألا يتزوج عليها، أو أن لا يسافر بها، فيرى الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية أن الزواج صحيح والشرط ملغًى، لأن هذا الشرط مخالف للشرع، ولمقتضى العقد، لأن الشرع قد أباح للرجل أن يسافر بزوجته، وأن يتزوج عليها. بينما يرى الحنابلة أن مثل هذه الشروط صحيحة يجب الوفاء بها، لأن هذا الشرط من مصلحة المرأة، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد. انظر:=

أوسع المذاهب في تصحيح الشروط هو المذهب الحنبلي، «وأن المذهب الحنفي قد اقترب – إلى حد كبير – من المذهب الحنبلي بتسويغه الشروط التي جرى التعامل بها بين الناس، ولو كان الشرط ممنوعًا في الأصل للجهالة فإن العرف يزيلها؛ لأن العرف إجماع فعلي يقضي على القياس ويخص به الأثر»[1].

ولا فرق بين أن يكون الشرط ملفوظًا به وبين أن يكون معروفًا بالعرف والعادة؛ لأن من المقرر شرعًا أن المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، وأن المتعارف كالمشروط، كما سبق.

ويُنَبَّه هنا على أن المجلة العدلية لما أوردت هذه القاعدة بصيغة «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان» ذكر شراح المجلة وغيرهم أن المراد بالشرط هنا هو الشرط التقييدي – وهو ما يقترن بالعقود والتصرفات من التزامات يشترطها الناس بعضهم على بعض – لا الشرط التعليقي – وهو كل شرط يعلق فيه الإنسان تصرفه على حصول أمر من الأمور[2] لكن الظاهر من لفظ هذا الحديث أنه يعم النوعين معًا، كما سنرى ذلك في بعض التطبيقات أيضًا، والله تعالى أعلم[3].

= المبسوط ١٢٠/١٩، عمدة القارئ للعيني ٢٩٩/١٣، التاج والإكليل للمواق ٥١٢/٣، روضة الطالبين للنووي ٢٦٥/٧، شرح النووي على صحيح مسلم/٢٠٢، المغني لابن قدامة ٧١/٧، كشاف القناع للبهوتي ٥٢/٣.

(١) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي ٩١/١. وانظر أيضًا: نظرية الشروط للدكتور الشاذلي ص ٢١٤، المدخل الفقهي العام للزرقا ٤٧٨/١ – ٤٧٩. وراجع تحقيق شيخ الإسلام ابن تيمية في مذاهب الفقهاء في تصحيح الشروط في مجموع الفتاوى تحت عنوان: " القاعدة الثالثة فى العقود والشروط فيها فيما يحل منها ويحرم وما يصح منها ويفسد " ١٢٦/٢٩ فما بعدها.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٧٥/١، شرح الأتاسي ٢٣٦/١، شرح الزرقاء للقواعد الفقهية ص ٤١٩، المدخل الفقهي للزرقا ١٠٣٥/٢، نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٣٠.

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام ٤٩٤/١.

أدلة القاعدة:

تدل للقاعد أدلة كثيرة، منها:

١- الحديث نفسه، فإنه جاء من طرق متعددة، وهي وإن كانت لا تخلو من مقال إلا أن بعضها يقوي بعضًا، كما قال الشوكاني، رحمه الله تعالى - بعد أن ذكره من أحاديث عدد من الصحابة -: «ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنا»(١).

٢- ويدل لها أيضًا ما عرف في سيرته ﷺ من أنه كان يَشترط ويُشترط عليه، ويفي به، من أشهر ذلك:

أ - ما جاء في شروط صلح الحديبية، وقد وفَّى بها ﷺ أتم الوفاء(٢).

ب - ومن ذلك أيضًا ما جاء في حديث جابر بن عبد الله قال: بعته [أي بعيره من النبي ﷺ] بوقية، واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي، فلما بلغت أتيته بالجمل فنقدني ثمنه(٣).

تطبيقات القاعدة:

١- إذا شرط الواقف النظر لنفسه أو لغيره اتبع شرطه؛ لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»(٤).

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٥/٣٧٨.

(٢) الحديث رواه البخاري ٣/١٩٣، ١٩٦ (٢٧٣١) (٢٩٣٢) واللفظ له. انظر تفصيل ذلك في: زاد المعاد ٣/٢٨٦.

(٣) رواه البخـاري ٣/١٨٩-١٩٠ (٢٧١٨) واللفظ له، ورواه بلفظ مقارب ٣/١١٥ (٢٣٨٥) و ٤/٥١ (٢٩٦٧)، ومسلم ٣/١٢٢١(٧١٥)/(١٠٩).
وانظر سائر أدلة القاعدة في إعلام الموقعين لابن القيم ١/٣٨٥ - ٣٨٧، و٣/٤٨٠.

(٤) انظر: إعانة الطالبين للبكري ٣/٣١٨.

٢- إن علق الوصية على صفة بعد موته - إذا كان يرتقب وقوعها - كقوله: أوصيت له بكذا إذا مر شهر بعد موتي، صح، أو قال: وصيت لفلانة بكذا إذا وضعت بعد موتي، صح التعليق لقوله ﷺ:«المسلمون على شروطهم»(١).

٣- إذا دخل مسلم دار الحرب بأمان حرم تعرضه لشيء من دم ومال وفرج منهم، فإن خانهم أو سرق منهم أو اقترض شيئًا، وجب عليه رد ما أخذ إلى أربابه؛ إذ المسلمون عند شروطهم(٢).

٤- إن أسر الكفار مسلما فأطلقوه بشرط أن يقيم عندهم مدة لزمه الوفاء لهم، وإن أطلقوه بشرط أن يبعث إليهم مالا، لزمه الوفاء لهم(٣).

٥- إذا اشترط الموادعون من الكفار على المسلمين في أمان الرسل ألا يأخذ المسلمون منهم ضرائب، فإن كانوا يعاملون رسلنا. بمثل هذا يجب على المسلمين اشتراطه والوفاء به؛ لأنه شرط موافق لحكم الشرع(٤).

٦- لو قال لرجل: ما كان لك قبل فلان ضمنته لزمه ضمان ما استحق، وكل متبرع بكفالة تلزمه؛ لقوله ﷺ «المسلمون عند شروطهم»(٥).

٧- إن أعاره أرضا للغراس أو البناء فغرس وبنى ثم رجع لم يجز أن يغرس ويبني شيئًا آخر؛ لأنه يملك الغراس والبناء بالإذن وقد زال

---

(١) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣٥١/٤.
(٢) انظر: اللباب للميداني ٣٢٤/١، الدر المختار للحصكفي ١٦٦/٤، المغني لابن قدامة ٢٣٧/٩.
(٣) انظر: المبدع لابن مفلح ٣٩٦/٣. وراجع أيضًا التجريد للقدوري ٣٣٧/٤.
(٤) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ١٧٩٠/٥.
(٥) انظر: الذخيرة للقرافي ٢٠٨/٩

الإذن، فأما ما غرس وبنى فينظر: فإن كان قد شرط عليه القلع أجبر على القلع لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[١].

٨- إذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل، كدخول الدار ومجيء الشهر، تعلق به، فإذا وجد الشرط وقع وإذا لم يوجد لم يقع؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «المسلمون عند شروطهم»[٢].

٩- إذا باع بشرط البراءة من العيوب كلها صح البيع والشرط ولم يجز له الرد بعيب، عند الحنفية[٣].

١٠- قال الحنابلة: إن اشترط للزوجته عند عقد النكاح أن لا يسافر بها، أو لا يتزوج عليها، فهذا يلزمه الوفاء لها به، فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح[٤].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: المهذب للشيرازي ١/٢٦٤.
(٢) المصدر نفسه ٢/٨٨.
(٣) انظر: التجريد للقدوري ٥/٢٤٨٧.
(٤) انظر: الفروع لابن مفلح ٥/١٦٢.



رقم القاعدة: ٩٢٨

نص القاعدة: كُلُّ مَا لَا يَجُوزُ التَّصْرِيحُ بِشَرْطِهِ فِي الْعَقْدِ يُكْرَهُ قَصْدُه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- كل شرط أفسد التصريحُ به العقد إذا نواه كره[٢].

٢- كل شرط لو نطق به في العقد أفسده فمكروه إضماره وإن لم يفسده[٣].

٣- كل ما لو شرطاه في العقد أبطل فإذا نوياه في حال العقد كان مكروها[٤].

٤- كل ما لو ظهر في عقد أبطله يكره قصده عند ذلك العقد[٥].

٥- كل ما لو صرح به أبطل فإذا أضمره كره[٦].

---

(١) تكملة المجموع للسبكي ١٠/١٥٠.

(٢) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٢٣.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ١٠/٣٣١.

(٤) المنثور في القواعد للزركشي ٢/٢٣٤.

(٥) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٤/٦٥.

(٦) الأشباه والنظائر للسبكي ١/٣٠٩، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٢١٤، أسنى المطالب ٣/١٥٦، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٤/٢٧٢، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤/٣٠١. ووردت في=

٦- تكره النية إذا كانت لو أُظهرت كانت تفسد العقد[١].

قواعد ذات علاقة:

١- الأعمال بالنيات [٢]. (أصل للقاعدة).

٢- قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع[٣]. (أصل للقاعدة).

٣- مجرد النية لا يفسد العقد[٤]. (مكملة).

٤- كل ما لو شرطه في العقد كان حراما فاسدا فقصده حرام فاسد[٥]. (مخالفة).

شرح القاعدة:

معنى القاعدة: أن الشروط التي إذا ذكرت في العقد أفسدته، فإنها إذا قُصدت من المتعاقدين أو أحدهما دون أن ينص عليها في صلب العقد كان ذلك مكروها، فمن قصد تحليل المرأة التي أبانها زوجها بالثلاث، فتزوجها على أن يطلقها، متى حللها للأول بطل العقد ولم يترتب عليه أثره، لكن لو تزوج هذه

= تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣١٢/٧، حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ١٨٧/٤ بلفظ: "كل ما لو صرح به أبطل يكره إضماره". ووردت في نهاية المحتاج للرملي ٢٨٢/٦ بلفظ: "كل ما لو صرح به أبطل يكون إضماره مكروها".

(١) انظر: الأم للشافعي ٧٥/٣.

(٢) هذه القاعدة لفظ حديث للنبي ﷺ، وانظرها في: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧، المغني لابن قدامة ٥٠٢/٢، المحلى لابن حزم ٣٣٧/٢، وغيرها. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الموافقات للشاطبي ٣٣١/٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد المقاصدية.

(٤) الكافي لابن قدامة ٥٩/٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) إعلام الموقعين لابن القيم ١٣٦/٣.

المرأة بقصد أن يحللها لزوجها الأول، ثم يطلقها من غير أن يشترط ذلك في العقد كان ذلك مكروها.

واختُلف في الكراهة هل هي كراهة تنـزيه أو تحريم، والمشهور عند الشافعية أنها كراهة تنـزيه[١]. إلا أن الكراهة قد ترتفع في بعض الصور التي يكون المقصود فيها هو التخلص من الحرام، كما قال العلامة تاج الدين السبكي نقلاً عن والده: «ذكر الشيخ الإمام الوالد رحمه الله هذه القاعدة وقال: ينبغي أن لا تؤخذ على إطلاقها؛ فإن مثل بيع الجَمْع[٢] بالدراهم، وشراء الجَنيب[٣] بها لا يكره»[٤]، كما ورد ذلك في الحديث الذي رواه أبو سعيد الخدري وأبو هريرة رضي الله تعالى عنهما: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله ﷺ: «أكلّ تمر خيبر هكذا؟». قال: لا والله يا رسول الله، إنّا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة. فقال رسول الله ﷺ: «لا تفعل، بع الجَمْع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جَنيبًا»[٥]. فأرشد النبي ﷺ إلى المخرج من هذه المعاملة الربوية عن طريق بيع التمر بالدراهم أولا، فإذا اختلف الجنسان، كان له أن يشتري ما يريد من التمر الجيد بالدراهم، وبهذا يتبين أن الكراهة إنما تكون إذا قصد بفعله معنى المفسدة المنهي عنها شرعا، وأما إذا لم يقصد ذلك فلا كراهة[٦]؛ وهذا المعنى فصله العلامة تقي الدين السبكي عند

---

(١) انظر: المنثور للزركشي ٢/٢٣٤.

(٢) الجمع: أخلاط رديئة من التمر. انظر: شرح السنة للبغوي ٨/٧١.

(٣) نوع من التمر من أعلاه وأجوده. انظر: شرح صحيح مسلم للنووي ١١/٢١، شرح السنة للبغوي ٨/٧١.

(٤) الأشباه والنظائر للسبكي ١/٣٠٩.

(٥) رواه البخاري ٣/٧٧ – ٧٨ (٢٢٠١) (٢٢٠٢) واللفظ له، ورواه بلفظ مقارب ٥/١٤٠ (٤٢٤٤). (٤٢٤٥) ٩/١٠٧ (٧٣٥٠) (٧٣٥١)، ومسلم ٣/١٢١٥ (١٥٩٣)/(٩٥)، كلاهما عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري - رضي الله عنهما.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي ١/٣٠٩.

كلامه عن البيوع الربوية حيث قال: «والحاصل أنها – أي الحيل التي يقصد منها التخلص من الربا - مراتب:

الأولى: أن يجري ذلك بقصد المكروه من أهل التهمة، فهو حرام عند المالكية، جائز عندنا مع الكراهة.

الثانية: أن يجري من غير قصد للمكروه، ولا يكون الشخص ممن يتطرق إليه التهمة؛ كقصة عامل خيبر، فالذي ينبغي الجزم به عدم الكراهة، فإنه لغرض صحيح، وهو التخلص من الربا، أو أنه وقع اتفاقًا، فالظاهر من كلام المالكية أنه حرام؛ اعتبارا بالصورة الظاهرة، ومظنة التهمة، وفي كلام بعضهم ما يقتضي جوازه.

المرتبة الثالثة: أن يجري بقصد المكروه من غير أهل التهمة فيكره عندنا، ومقتضى مذهب مالك وإناطتهم ذلك بالمظنة أن يجوزوه»[١].

وهذه القاعدة محل خلاف بين الفقهاء، ولم نقف عليها بلفظها إلا عند الشافعية، وخالف في ذلك الحنابلة فالأصل عندهم أن «كل ما لو شرطه في العقد كان حراما فاسدا فقصده حرام فاسد»[٢]، وأن المنوي كالمشروط؛ قال المجد ابن تيمية في إضمار نية الطلاق في النكاح: «فمن تزوج امرأة إلى مدة، وهو نكاح المتعة أو على أنه إذا أحلها لمن قبله طلقها، أو فلا نكاح بينهما لم يصح العقد، ولو نوى الزوج ذلك بقلبه فهو كما لو شرطه»[٣]. وكذلك يحرم اشتراط الزيادة في القرض، ويحرم قصدها[٤].

---

(١) تكملة المجموع للسبكي ١٠/١٥٠.

(٢) إعلام الموقعين ٣/١٣٦. وانظر هذا المعنى في منظومة أصول الفقه وقواعده للعثيمين ص ٢٨٧ عند قوله: "وكل شرط مفسد للعقد... بذكره يفسده بالقصد".

(٣) المحرر في الفقه للمجد ابن تيمية ٢/٢٣. وانظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٦٦٩.

(٤) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٦.

والقاعدة لها علاقة وثيقة بقاعدة الحيل والمخارج التي يأتي فيها المكلف بتصرفات صورية، ويكون المقصود من ورائها التوصل إلى شيء آخر، ومن أجل ذلك اختلف موقف الفقهاء من القاعدة بناء على اختلافهم في الأخذ بالحيل أو التشديد فيها، فالذين يتشددون في المنع من الحيل، يحكمون بتحريم قصد ما لو ظهر في العقد أبطله، والذين يرون أن الحيلة لا تمنع ما دامت الوسائل مشروعة إلا إذا ظهر القصد إلى الممنوع في صيغة العقد؛ فهم يأخذون بالقاعدة، ولا يقولون بالتحريم؛ قال ابن حجر الهيتمي: «الحيلة المخلِّصة من الربا جائزة عند الشافعي رحمه الله تبارك وتعالى، لكنها مكروهة، وقال جماعة من أهل العلم كمالك وأصحابه، وأحمد وأصحابه: بحرمتها وإنها لا تفيد التخلص من الربا وإثمه»[١].

وهي مكملة لقاعدة: «مجرد النية لا يفسد العقد»[٢]، التي تدل على عدم فساد العقد بمجرد النية الفاسدة من حيث الحكم الوضعي، والقاعدة التي بين أيدينا تبين الحكم التكليفي لوجود النية التي تؤثر في صحة العقد عند الإفصاح بها في صلب العقد.

ومجالها يقتصر على الأمور التي هي مباحة في نفسها، ولكن يختلف الحكم فيها بين التصريح بها، وفعلها من غير شرط، فهي إذا حصلت اتفاقا من غير أن تكون مشروطة في العقد جازت، ولكن يكره قصدها، وإذا اشترطت أفسدته؛ كالزيادة في القرض إذا كانت من غير شرط جازت، وإلا فلا، قال ابن عبد البر في تعليقه على حديث أبي رافع أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بَكرًا، فقدمتْ عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بَكْره، فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خيارا رَباعيا. فقال: «أعطه إياه؛ إن

---

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/٢٣٧-٢٣٨. بتصرف يسير.

(٢) الكافي لابن قدامة ٣/٥٩.

خيار الناس أحسنهم قضاء»[١]. قال: «في حديث أبي رافع هذا ما يدل على أن المقرض إن أعطاه المستقرض أفضل مما أقرضه جنسا أو كيلا أو وزنا أن ذلك معروف، وأنه يطيب له أخذه منه؛ لأنه أثنى فيه على من أحسن القضاء، وهذا عند جماعة العلماء إذا لم يكن عن شرط منهما في حين السلف، وقد أجمع المسلمون نقلاً عن نبيهم ﷺ أن اشتراط الزيادة في السلف ربا، ولو كان قبضة من علف أو حبة.. واحدة»[٢]، أي وإن كان المشترط شيئًا قليلا.

أدلة القاعدة:

قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»[٣]. فالحديث نص على أن «كل عمل يعمله عامل من خير وشر هو بحسب ما نواه، فإن قصد بعمله مقصودا حسنا كان له ذلك المقصود الحسن، وإن قصد به مقصودا سيئا كان له ما نواه»[٤]، وعليه فمن نوى ما يحرم شرطه فقد أساء، وارتكب المكروه، وإنما لم يحرم قصده؛ لتجرده عن القول، و«النية بمجردها لا تقوم مقام القول والعمل»[٥]، فلا تأخذ حكمه من كل وجه.

تطبيقات القاعدة:

١- الغريب إذا نكح امرأة وفي نيته أن لا يمكث معها إلا مدة إقامته في هذا البلد ثم يطلقها فنكاحه صحيح، لخلوه من الشرط الفاسد، لكن

---

(١) رواه مسلم ٣/١٢٢٤ (١٦٠٠).

(٢) التمهيد لابن عبد البر ٤/٦٨.

(٣) رواه البخاري ١/٦ (١) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١٥١٥، ١٥١٦ (١٩٠٧)/(١٥٥) من حديث أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٨/٢٥٤.

(٥) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤/١٥.

تكره له هذه النية؛ لأن كل ما لو صرح به أبطل يكون إضماره مكروها[١].

٢- لو اشترط في المناضلة[٢] أنه إن أخطأ أعيد عليه السهم ليعيد رميه، ولا يحتسب به في الخطأ لم يجز؛ لأن هذه المعاملة مبينة على التساوي، لكن لو نوى ذلك فالنية مكروهة، والسبق غير فاسد[٣].

٣- من قصد استبدال ذهب جديد بالقديم منه متفاضلا، فباعه من صاحبه بدراهم وحصل التقابض، ثم اشترى منه الذهب مع الفضل بنفس الدراهم جاز ذلك إذا لم يكن مشروطا، لكن تكره له هذه النية؛ لأن كل شرط أفسد التصريحُ به العقد إذا نواه كره[٤].

٤- من أراد بيع صبرة من الطعام بجنسه متفاضلا جاز له أن يهب الفاضل لصاحبه بعد شرائه منه ما عداه بما يساويه ما لم يكن عن شرط، لكن تكره له هذه النية؛ لأن كل ما لا يجوز التصريح بشرطه في العقد يكره قصده[٥].

---

(١) انظر: تحفة المحتاج للهيتمي ٣١٢/٧، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٠١/٤، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٠٠/٣. وانظر الخلاف في المسألة أيضًا: شرح صحيح مسلم للنووي ١٨٢/٩، المنتقى شرح الموطأ للباجي ٣٣٥/٣، البحر الرائق لابن نجيم ١١٦/٣، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣٣١/١، المغني لابن قدامة ١٣٧/٧.

(٢) المناضلة هي: المغالبة والمسابقة في الرمي بالسهام. انظر: الإقناع للخطيب الشربيني ٥٩٣/٢، المصباح المنير للفيومي ص ٦١٠.

(٣) انظر: الأم للشافعي ٢٤٧/٤.

(٤) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢٣/٢، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٧٠/٢، حاشية تحفة المحتاج للشرواني٤/ ٢٨٠.

(٥) انظر: أسنى المطالب ٢٣/٢، مغني المحتاج ٣٧٠/٢، حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ٥٢/٣.

٥- من اشترى شيئًا بعشرة ثم واطأ صديقه فباع منه، ثم اشتراه منه بعشرين، ليخبر بما اشتراه من صديقه إذا باع مرابحة كره ما فعله؛ لأنه لو صرح بذلك في العقد فسد العقد، فإذا قصده كره[١].

٦- إذا قصد المقرض إقراض من جرت عادته أنه إذا اقترض مالا يرد أكثر مما اقترض كره له ذلك؛ لأن كل ما لا يجوز التصريح بشرطه في العقد يكره قصده[٢].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: المنثور ٢/ ٢٣٥، المهذب للشيرازي ١/ ٢٨٩.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي ١/ ٣٠٩، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/ ٢١٤.

رقم القاعدة: ٩٢٩

نص القاعدة: اشْتِرَاطُ مَا لاَ يُفِيدُ لاَ يُوَفَّى بِـهِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الشرط الذي لا يفيد لا يجوز[٢].

٢- كل شرط لا فائدة منه غير مقبول[٣].

٣- كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر، وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر[٤].

٤- الشرط غير المفيد يلغو[٥].

٥- الشرط إذا كان غير مفيد لا يعتبر[٦].

٦- الشرط إذا كان مفيدًا يجب مراعاته، وإن لم يكن مفيدا لا يجب مراعاته[٧].

---

(١) انظر: البهجة للتسولي ١/٢٠٥.

(٢) حاشية الشلبي لابن الشلبي ٤/٥١٣.

(٣) زواهر الجواهر للتمرتاشي الابن ١/١٤٠.

(٤) الفتاوى الهندية للشيخ نظام ٤/٣٤١.

(٥) الإعلام لأبي الوفا ٧/٣٠٧.

(٦) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٦٠.

(٧) انظر: الإعلام لأبي الوفا ٧/٣٠٧.

٧- إنما يعتبر من الشروط ما يكون مفيدا، فأما ما لا يفيد فالذكر والسكوت عنه سواء[١].

قواعد ذات العلاقة :

١- الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسًا[٢]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٢- المسلمون عند شروطهم[٣]. (أصل مقيد بالقاعدة).

٣- الشروط لا تبيح ما لا يجوز ولا تمنع ما هو جائز[٤]. (مكملة).

٤- اشتراط ما يوجب الحكم خلافه ممنوع[٥]. (مكملة).

٥- ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم[٦]. (أعم).

٦- كل شرط يخالف مقصود العقد فهو باطل[٧]. (مكملة).

٧- يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان[٨]. (مكملة).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٥٢/٢٣.

(٢) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٣٢/٢٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) القاعدة في أصلها نص حديث. انظر: صحيح البخاري كتاب النكاح باب ٥٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) شرح النيل لأطفيش ٢٦٥/٢١.

(٥) انظر: شرح ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم ٤٥٣/١.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ٩٨/٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٧) إعلام الموقعين لابن القيم ٣١٦/١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) ترتيب اللآلي لناظر زاده ١١٨٠/٢.

٨- إنما يعتبر من التعيين ما يكون مفيدًا فيما هو المقصود[١]. (أعم).

٩- التقييد في العقود إنما يعتبر إذا كان مفيدا[٢]. (مكملة).

شرح القاعدة :

الاشتراط لغةً: مصدرٌ للفعل اشترط، وهو مزيد: شَرَطَ.

تقول العرب: شرَط عليه كذا أي ألزمه به.

والشرط - بسكون الراء - له عدة معان، منها: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه كالشرِيطَةِ، والجمع شروط، وفي المثل الشرط أمْلَك[٣] عليك أم لك، وهذا هو مقصود الفقهاء من مصطلحي الشرط والاشتراط.

والشرط عند علماء الفقه وأصوله على نوعين:

١- **شرط شرعي** : وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء في الشرع.

٢- **شرط جَعْلي أو وضعي** : وهو ما يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما.

والشرط الجعلي قسمان :

١- **الشرط التعليقي**، وهو ما يترتب عليه الحكم ولا يتوقف عليه، كالطلاق المعلق على دخول الدار، فلا يلزم من انتفاء الدخول انتفاء الطلاق، بل قد يقع الطلاق بسببٍ آخر[٤].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢٩/٣، ١٣٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) أي أشد ملكًا وأدخل في الاتباع فهو أفعل تفضيل من المبني للفاعل أو المفعول أي أشد مالكية أو مملوكية بالنظر لمن اشترطه أو لمن اشترط عليه. حاشية رد المختار لابن عابدين ٧٣/٢.

(٤) انظر: التلويح على التوضيح للتفتازاني ١٤٥/١- ١٤٦.

٢- **الشرط المقيد**، ومعناه التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة[١].

فاشتراط ما لا يفيد داخل في الشرط الجَعْلي المقيِّد، أي اشتراط أحد المتعاقدين أو كلاهما.

شرطًا من الشروط يقيِّد به مضمون العقد المبرم بينهما، ويريد أحدهما إلزام صاحبه به.

والشرط الجعلي الذي يكون في العقد له أقسام:

الأول: يبطل فيه العقد والشرط، كالشروط المنافية لمقتضى العقد كأن لا يتسلم المعقود عليه أو لا ينتفع به.

الثاني: يصح فيه العقد دون الشرط، كشرط ما لا ينافي العقد ولا يقتضيه ولا غرض فيه.

الثالث: يصح فيه العقد والشرط، كشرط خيار وأجل ورهن وكفيل... إلخ[٢].

واشتراط ما لا يفيد - وهو القسم الثاني من هذا التقسيم - لا ينافي مقتضى العقد ولا يقتضيه ولا غرض لمشترطه فيه، أي ليس له غرض معتبر شرعًا ولا عقلاً، لأنه لا يجلب له منفعة ولا يدرأ عنه مفسدة، ومن ثم فلا يلزم الوفاء به، وهو موضوع القاعدة.

إن «الأصل في الشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل

---

(١) غمز عيون البصائر للحموي ٢/٢٢٥.

(٢) انظر المنثور للزركشي ٢/٢٣٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٧٠٣، المنهج المنتخب للمنجور ١/٣١٤-٣١٥.

الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا»، ومن ثم فإن الشروط غير المحرمة يجب الوفاء بها بناء على قاعدة: «المسلمون عند شروطهم»، ما دامت هذه الشروط لا تخالف الشرع إذ إن «الشروط لا تبيح ما لا يجوز ولا تمنع ما هو جائز». وما دامت لا تناقض مقصود العقد ولا تخالفه، وهذا المعنى هو ما رِيم بيانه في القاعدتين: «اشتراط ما ينافي مقصود العقد محذور» و«اشتراط ما يوجب الحكم خلافه ممنوع»، مع اعتبار الوسع والطاقة في طلب الوفاء، إذ من المعلوم في الشرع أن لزوم مراعاة الشرط منوط بالوسع والإمكان، وهو ما دلت عليه قاعدة «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان».

لكن لا يجوز شرعًا اشتراط ما لا فائدة فيه كما صرحت بذلك صيغة: «الشرط الذي لا يفيد لا يجوز»، ثم إن هذا الصنف من الشروط غير مقبول عقلا كما أفادت صيغة: «كل شرط لا فائدة منه غير مقبول»، وإذا وقع كان هدرًا لغوًا غير معتبر شرعا كما هو مضمون الصيغتين من الصيغ الأخرى للقاعدة: «الشرط إذا كان غير مفيد لا يعتبر» و«الشرط إذا كان مفيدًا يجب مراعاته، وإن لم يكن مفيدًا لا يجب مراعاته».

فلا يراعى الشرط إذن إلا إذا كان مفيدًا، وهذا ما عُبر عنه بصيغة: «إنما يعتبر من الشروط ما يكون مفيدًا، فأما ما لا يفيد فالذكر والسكوت عنه سواء».

إن عدم اعتبار الشرط العاري عن الفائدة يرجع بالأساس إلى أن المقصود من وضع الشروط حصول النفع والفائدة لمن اشترطها من المتعاقدين، فما لا نفع فيه لأحدهما فهو لغو[1]، بل إن حصول الفائدة مطلوب في كل تعيين وتقييد نظرا للقاعدة: «إنما يعتبر من التعيين ما يكون مفيدًا فيما هو المقصود»، ومن ثم لا يصح أن يكون الاشتراط مبنيا على مجرد التعنت بحيث لا يُستجلب به نفع

---

(١) درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٧٥.

ولا يُستدفع به ضرر، ومن باب أولى ألا يكون القصد منه الإضرار بمن أُلزم الشرط؛ لأن الشرط إنما جوز في العقد للانتفاع به لا للإضرار بالغير[(١)].

فتحصل من هذا أن اشتراط ما لا يفيد أمر لا تجب رعايته سواء صُرح بالشرط أو سكت عنه، أي أنه لا يترتب شيء على عدم رعايته والوفاء به كالضمان والخيار وغير ذلك، يقول ابن عابدين: «جاء في المحيط إن الموكل متى شرط في البيع على الوكيل شرطًا، يُنظر إن كان نافعًا مفيدًا من كل وجه يجب على الوكيل مراعاة شرطه إن أكده بالنفي أو لا، وإن كان شرطًا لا يفيده ولا ينفعه بل يضره؛ لا تجب عليه مراعاته وإن أكده بالنفي، فلو قال: بع بنسيئة، أو قال: لا تبع إلا بالنسيئة؛ فباع بالنقد جاز؛ لأن هذا الشرط غير مفيد، ولأن البيع بالنسيئة يضره وبالنقد ينفعه فلم تجب عليه رعايته»[(٢)].

وقال العلائي في معرض بيانه لأنواع الشروط في العقود: «فإن لم يتعلق به غرض، كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة، أو لا يلبس إلا الخز، أو لا يركب إلا الخيل، فالذي اختاره الإمام والغزالي: صحة العقد وإلغاء الشرط ورجحه الرافعي»[(٣)].

إن القاعدة التي بين أيدينا قد أعملت في باب المعاملات من عقود وغيرها كما يظهر ذلك من تطبيقاتها، وهي معتبرة عند جمهور الفقهاء، إلا أن المالكية اختلفوا في لزوم الوفاء بشرط ما لا يفيد؛ ولذلك وردت القاعدة في نصوصهم

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/١٩٩.

(٢) انظر: حاشية رد المختار لابن عابدين ٧/٣٣٥.

(٣) المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي ٢/٣٧٢، ٣٧٣، والرأي الآخر في المذهب أن هذا النوع من الشروط يفسد العقد أصلاً، ومن ثم لا مجال للحديث عن الوفاء بالشرط أو عدمه. انظر نفس المرجع، وانظر: الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ٨/٢٠٤، وروضة الطالبين للنووي ٣/٤٠٤، والمنتخب للهادي ص ٢٢٥.

بصيغة الاِستفهام «اشتراط ما لا يفيد هل يجب الوفاء به أم لا؟»[١]، وأما الظاهرية فهم - على أصلهم في التمسك بالظاهر والمنصوص - يمنعون كل شرط لم يرد بجوازه نص، ولذلك فهم لا يجوِّزون الشروط التي يكون مصدرها غير الشارع[٢].

أدلة القاعدة:

- قاعدة «ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم».

يقول الكاساني رحمه الله: «القيد إن كان مفيدا يثبت؛ لأن الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن، لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام: «المسلمون عند شروطهم»[٣]، ... وإن لم يكن مفيدا لا يثبت بل يبقى مطلقا...؛ لأن ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم[٤].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا قال الموكل للوكيل: بع بعشرة فباعٍ بأزيد منها، أو بع بالدَّين؛ فباع نقدًا، فليس للموكل نقض البيع بناءً على أن اشتراط ما لا يفيد لا يوفى به، إلا إذا كان للموكل غرض من ذلك، كأن يكون المبيع مما فيه شفعة[٥].

---

(١) شرح ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم ٢٣٧/١، والذخيرة للقرافي ٥٠/٨، وعقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٦٨/٢.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٧٧/٨ و٨٣/٨، ٨٤ و٨٧/٨.

(٣) رواه البخاري ٩٢/٣ تعليقًا، انظر: تغليق التعليق ٢٨١/٣-٢٨٢، وفتح الباري ٥٢٨/٤، وأبو داود ٢١٦/٤-٢١٧ (٣٥٨٩) عن أبي هريرة، بلفظ (على) بدل (عند). والترمذي٣/٦٣٤-٦٣٥ (١٣٥٢) عن عمرو بن عوف المزني بلفظ (على).

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٩٨/٦.

(٥) انظر: البهجة للتسولي ٢٠٥/١.

٢- إذا قال رب المال للمضارب: بع نسيئةً ولا تبع حالا، فباع حالا، جاز عند عدم اختلاف السعر بينهما، لأنه مخالفة إلى خير بيقين، فهو نظير من لو وكل شخصًا ببيع شيء بألف ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل بألفين فإنه يجوز، وهذا لأن الشرط إذا كان غير مفيد لا يعتبر ولا يتقيد به لعدم الفائدة[١].

٣- إذا خالعت المرأة زوجها على ترك صداقها، وشرط عليها ألا تتزوج، وأنها إن تزوجت قبل سنة من تاريخ الخُلع فعليها مائة، فلا شيء عليها، إذ شرطه باطل والخُلع جائز، لأن المعلق على فاسد يبطل ببطلان ما عُلق عليه، ولأنه من اشتراط ما لا يفيد[٢].

٤- إذا باع شخص سلعة واشترط على مشتريها ألا يبيعها لأحد، فشرطه باطل وله أن يبيعها، لأنه من التحجير على الناس في أملاكها، ولأنه من اشتراط ما لا يفيد فلا يجب الوفاء به[٣].

٥- إذا قال رجل لآخر: خذ هذه الوديعة وخبئها في هذه الدار ولا تخبئها في دار أخرى، فخبأها في دار أخرى، فإذا كانت الدار التي خبأها فيها والدار الأخرى في الحِرْزِ سواء، أو كانت التي خبأها فيها أحرز فلا ضمان عليه، سواء نهاه عن الخبْء فيها أولم ينهه، .... والأصل المحفوظ في هذا الباب أن كل شرط تمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر وكل شرط لا تمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر[٤].

٦- إذا أراد المسلمون تحيِيد أهل مدينة من جبهة أعدائهم فأبرموا معهم

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٥٢٩.
(٢) البهجة للتسولي ١/٣٤٨.
(٣) البهجة للتسولي ١/٣٤٨، وانظر: قريبًا من هذا المثال في درر الحكام لعلي حيدر ١/٧٥.
(٤) الفتاوى الهندية للشيخ نظام ٤/٣٤١.

صلحًا، وقال لهم أهل تلك المدينة: أعطونا على أن لا تشربوا من ماء نهرنا فأعطوهم ذلك، فإن كان شرب المسلمين يضرهم في مائهم، أو لا يعلمون أيضر ذلك بمائهم أو لا، فينبغي أن يفوا لهم بذلك، وإن كانوا متيقنين أن ذلك لا يضر بماء نهرهم فلا بأس بأن يشربوا من ذلك النهر ويسقوا الدواب بغير علمهم، لأن الشرط إن كان مفيداً يجب مراعاته وإلا يلغى[١].

٧- إذا اشترط الدائن حميلا بعينه غائبا، فلم يقبل الحميل الحمالة عند علمه بها، ورضي المدين أن يأتي بحميل مثل الذي طلبه الدائن في الثقة والوفاء، وقلة اللدد، فإنه يجاب إلى ذلك، ولا عبرة باشتراط الدائن حميلا معيَّنا، لأن تمسكه بشرطه من التمسك بما لا يفيد[٢]، واشتراط ما لا يفيد لا يجب الوفاء به.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: شرح السير للسرخسي ١/٢٩٩.

(٢) انظر: المنهج المنتخب للمنجور ١/٤٢٣، والقول بعدم لزوم الوفاء بهذا الشرط أحد قولين عند المالكي، "والمشهور من مذهب المدونة أن المدين لا يجاب إلى ذلك، وأن الدائن لا يلزمه قبول الحميل الآخر، وهو مبني على وجوب الوفاء بما لا يفيد". تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للصادق الغرياني ص ٢٦١.



رقم القاعدة: ٩٣٠

نص القاعدة: الشَّرْطُ المُـتَقَدِّم عَلَى العَقْدِ هَلْ هُوَ كَالمُقَارِنِ؟[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الشرط قبل العقد هل يلحقه؟[٢].

٢- الشرط المتقدم على العقد هل هو بمنزلة المقارن[٣].

٣- الشرط المتقدم على العقد إذا لم يفسخ حين عقد العقد كالمشروط في أظهر قولي العلماء[٤].

٤- الشرط السابق كالمقارن[٥].

٥- الشرط المشروط قبل العقد كالمشروط فيه[٦].

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/٣٥٣.

(٢) مغني المحتاج للشربيني٣/٢٢٨.

(٣) النكت والفوائد السنية لابن مفلح ١/٢٥٨.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/١٩٦، ووردت عنده بلفظ: "الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له في أصح قولي العلماء" مجموع الفتاوى ٢٩/٣٩٦.

(٥) المنثور للزركشي ٢/٤٠٢، ووردت بلفظ: "المُقدم كالمقارن" الوسيط للغزالي ٥/١١٧.

(٦) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٣٥٤، ووردت عنده بلفظ: "الشرط المضمر يقام مقام الشرط المأتي به في صلب العقد" الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٢/١٥٧، وبلفظ: "الشروط المتقدمة على العقد إذا لم تفسخ إلى حين العقد، فإنها بمنزلة المقارنة" الفتاوى الكبرى ٦/١٣.

٦- الشرط السابق لا يلحق العقد ولا يؤثر فيه[١].

٧- الشرط المؤثر هو الواقع في صلب العقد أو في مجلس الخيار لا قبله[٢].

قواعد ذات العلاقة:

١- الشرط المقارن للعقد يلحقه[٣]. (تكامل).

٢- المسلمون عند شروطهم[٤]. (أعم من شطر القاعدة المثبت ودليل لها).

٣- الشرط إذا وجد في المجلس يلتحق بأصل العقد[٥]. (مكملة).

٤- الشرط المقدم على العقد يصح إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد وقع بالاستناد إليه وإلا فلا[٦]. (مقيِّدة لشطرها القائل بأن الشرط المتقدم كالمقارن).

٥- مجرد النية لا تفسد العقد[٧]. (معللة لعدم فساد العقد بفساد الشرط المتقدم).

---

(١) انظر: المجموع للنووي ٣٥٦/٩، ووردت بلفظ: (ما تقدم العقود من الشروط لا يلزم) الحاوي الكبير للماوردي ٣٣١/١٠.

(٢) بغية المسترشدين لعبد الرحمن باعلوي، طبعة دار الفكر، ص ١٦٥. ووردت بلفظ: "الشرط المتقدم لا يؤثر وإنما التأثير للشرط الواقع في صلب العقد» إعلام الموقعين لابن القيم ١٣٤/٣، وبلفظ: "المؤثر في العقد إنما هو الشرط المقارن" الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٥٧/٢، إعلام الموقعين لابن القيم ٩٣/٣.

(٣) المجموع للنووي ٣٥٦/٩.

(٤) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) القاعدة فرع عن قاعدة: «المجلس حريم العقد وله حكمه» وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) شرح المجلة العدلية للمحاسني ١٥٨/١.

(٧) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٦- النيات معتبرة في العقود[١]. (معللة لفساد العقد بفساد الشرط المتقدم).

شرح القاعدة:

المراد بالشرط المتقدم على العقد، الشرط الذي سبق العقد ولم يذكر في صلبه.

ومعنى القاعدة أن الفقهاء مختلفون في الشرط الذي ليس محله صلب العقد وإنما ذكر قبله، هل يعتبر كأنه مقارن للعقد ملحق به مؤثر فيه أم ليس كالمقارن، بل هو لغو لا اعتبار له؟

وبما أن الشرط المتقدم هنا: إما أن يكون شرطًا فاسدًا، وإما أن يكون شرطًا صحيحًا، فإن اعتباره كالمقارن أو عدم اعتباره ينبني عليه أمران أساسيان هما:

١- صحة العقد أو فساده؛ إذا كان الشرط فاسدا.

٢- لزوم الشرط ووجوب الوفاء به أو عدم ذلك؛ إذا كان شرطًا صحيحًا.

يقول النووي شارحا قول النافين: «الشرط المقارن للعقد يلحقه، فإن كان شرطًا صحيحًا لزم الوفاء به، وإن كان فاسدا أفسد العقد، وأما الشرط السابق فلا يلحق العقد، ولا يؤثر فيه، فلا يلزم الوفاء به، ولا يفسد العقد به إن كان شرطًا فاسدًا، لأن ما قبل العقد لغو»[٢]. وقال ابن تيمية: «الشروط معتبرة إما

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٣٦/٢٩، ووردت عنده بصيغة: (مقصود النيات معتبرة في العقود، كاعتبارها في العبادات) الفتاوى الكبرى ٣٢٩/٣.

(٢) المجموع ٣٥٦/٩.

صحة ووفاء وإما فسادا أو إلغاء سواء قارنت العقد أو تقدمت عليه»(١). وقال الشرواني - في كلام ممزوج بنص تحفة المحتاج: «قوله: «الشرط المؤثر» أي المقتضي لبطلان العقد أو للزوم الوفاء بذلك الشرط»(٢).

إلا أن مسألة الصحة والفساد أخذت حيزًا من الخلاف أكبر من مسألة الوفاء بالشرط المتقدم أو عدمه. ولهذا كثر التمثيل بها والاستدلال عليها كمسألة المحلل وبيوع العينة والحيل وغير ذلك مما انبنى على الأخذ أو عدم الأخذ بسد الذرائع، واعتبار أو عدم اعتبار المقاصد في العقود، يقول ابن القيم موضحا العلاقة التلازمية بين قاعدتنا وقاعدة: «سد الذرائع أصل مشهود له بالصحة» وقاعدة «النيات معتبرة في العقود» وقاعدة: «مجرد النية لا يفسد» يقول رحمه الله تعالى: «... ولا تفسد العقود بأن يقال: هذه ذريعة وهذه نية سوء إلى آخره، فإشارة... إلى قاعدتين: **إحداهما**: أن لا اعتبار بالذرائع ولا يراعى سدها، **والثانية**: أن القصود غير معتبرة في العقود، والقاعدة المتقدمة أن الشرط المتقدم لا يؤثر، وإنما التأثير للشرط الواقع في صلب العقد، وهذه القواعد متلازمة؛ فمن سد الذرائع اعتبر المقاصد، وقال: يؤثر الشرط متقدمًا ومقارنًا، ومن لم يسد الذرائع لم يعتبر المقاصد ولا الشروط المتقدمة، ولا يمكن إبطال واحدة منها إلا بإبطال جميعها»(٣).

وأما بالنسبة للشروط الصحيحة فإن المتقدم منها على صيغ العقود مبني على القاعدة الخلافية «هل يلزم الوفاء بالوعد؟».

واختلاف الفقهاء في الشرط السابق هل يجعل كأنه مقترن بالعقد أم لا؟ يبين أنهم متفقون على أن المقارِنة لا شك في تأثيرها في العقد، بناء على

---

(١) الفتاوى الكبرى ٣/٣٥١.

(٢) حاشيته على تحفة المحتاج ٤/٣٠١.

(٣) إعلام الموقعين ٣/١٣٤.

قاعدة: «الشرط المقارن للعقد يلحقه» فيلزم الوفاء به إذا كان صحيحا عملا بقاعدة: «المسلمون عند شروطهم». وأما الفاسد فالمذاهب الأربعة متفقة على أن العقد المقترن به إما أن يفسد بفساد الشرط، وإما أن يصح العقد ويسقط الشرط[1]، إلا أنهم مختلفون في تحديد الشرط الفاسد الذي يسري فساده إلى العقد، ومختلفون أيضًا في تحديد العقود التي تبطل بالشرط الفاسد والتي لست كذلك.

فالشرط الفاسد عند الحنفية ما كان فيه «اشتراط أمر يؤدي إلى غرر غير يسير، أو اشتراط أمر محظور، أو اشتراط ما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه، ولا يلائم مقتضى العقد، ولا مما جرى عليه التعامل بين الناس، ولا مما ورد في الشرع دليل جوازه»[2]. ويقصرون إفساد العقد بالشرط الفاسد على ما كان من العقود مبادلة مال بمال كالبيع والقسمة والإجارة، ويخرجون ما عدا ذلك من العقود كالنكاح والقرض والهبة والوقف والوصية. وقد قعَّدوا لهذا المعنى بقاعدة «كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، وما لا فلا».

وأما المالكية فيلخص ابن رشد الحفيد رأيهم بقوله: «الشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في العقد»[3]، كـ «اشتراط أمر محظور أو أمر يؤدي إلى غرر أو اشتراط ما ينافي مقتضى العقد»[4].

وأما الشافعية فالشرط الفاسد عندهم ما كان فيه «اشتراط أمر لم يرد في

(١) انظر: المجموع للنووي ٣٥٦/٩، المبسوط للسرخسي ١١٢/٢٣، التاج المذهب للصنعاني ٤١٨/٢، البيان والتحصيل لابن رشد الجد ٤٧٤/٤.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣/٢٦.

(٣) بداية المجتهد ١٦٧/٤.

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣/٢٦.

الشرع، أو اشتراط أمر يخالف مقتضى العقد، أو اشتراط أمر يؤدي إلى جهالة»[١]. وهو مفسد للعقد في الجملة، ولذلك قال النووي في شرحه قاعدة: «الشرط المقارن للعقد يلحقه»: «فإن كان شرطًا صحيحًا لزم الوفاء به، وإن كان فاسدا أفسد العقد»[٢].

وأما الحنابلة فلهم في المسألة تفصيلات وأقوال مختلفة فيما يفسد العقد من الشروط الفاسدة وبالجملة فهم يبطلون العقود إذا كان فيها «اشتراط عقدين في عقد أو اشتراط شرطين في عقد واحد أو اشتراط ما يخالف المقصود من العقد»[٣].

وأما ما كان منها بعد الإيجاب والقبول لكن في مجلس العقد، وما كان بعد انتهائه فقد تكفلت ببيان حكمه القاعدتان: «الشرط إذا وجد في المجلس يلتحق بأصل العقد» و«الملحق بالعقد يعد واقعا فيه».

واختلاف الفقهاء في القاعدة التي نحن بصددها لا يقتصر على الاختلاف فيما بين المذاهب بل يتعداه إلى الاختلاف داخل المذهب الواحد، فإذا كان المعتمد في مذهب الشافعية أن المتقدم ليس كالمقارن، فإن القول المخالف موجود عندهم أيضا؛ ولذلك جاءت الصيغة الاستفهامية عند الشربيني: «الشرط قبل العقد هل يلحقه؟»[٤]، ولذلك أيضًا قال العلائي: «المؤثر من الشروط في العقود بطلانَها، إنما هو المقارن لصيغها، فأما إذا تقدم الاتفاق عليه أو تأخر

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٦/١٣-١٤.

(٢) انظر: المجموع للنووي ٩/٣٥٦.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٦/١٤، وانظر: الإنصاف للمرداوي ٤/٣٤٨، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٣١.

(٤) وانظر في هذا الخلاف أيضًا: الوسيط للغزالي ٥/١١٧ حيث أورد صيغة (المقدم كالمقارن)، وانظر: أيضًا مسألة من مسائل العينة في: تكملة السبكي للمجموع ١٠/١٤٧.

ووقع العقد خاليًا عنه، فإنه لا يؤثر غالبًا، ووقع الخلاف في صور»[(١)].

وكذلك الأمر بالنسبة للحنفية حيث إن منهم من قيَّد قولهم بأن الشرط السابق ليس كالمقارن، بما إذا لم يُعقد العقد بناءً على الشرط السابق المسكوت عليه عند التعاقد، يقول ابن عابدين: «مطلب في الشرط الفاسد إذا ذكر بعد العقد أو قبله: [تنبيه]: في جامع الفصولين أيضًا لو شرط شرطًا فاسدًا قبل العقد ثم عقدا لم يبطل العقد، اهـ. قلت: وينبغي الفساد لو اتفقا على بناء العقد عليه كما صرحوا به في بيع الهزل»[(٢)]، وهذا المعنى هو ما دلت عليه قاعدة: «الشرط المقدم على العقد يصح إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد وقع بالاستناد إليه وإلا فلا».

وكذلك الأمر في المذهب الحنبلي؛ إذ المذهب أن السابق ليس كالمقارن، وخالف في ذلك ابن تيمية وابن القيم وغيرهما[(٣)].

وقد لخص ابن تيمية الخلاف في القاعدة بقوله: «القاعدة الرابعة أن الشرط المتقدم على العقد بمنزلة المقارن له في ظاهر مذهب فقهاء الحديث أحمد وغيره، ومذهب أهل المدينة مالك وغيره، وهو قول في مذهب الشافعي نصّ عليه في صداق السر والعلانية ونقلوه إلى شرط التحليل المتقدم وغيره وإن كان المشهور من مذهبه ومذهب أبي حنيفة، أن المتقدم لا يؤثر بل يكون كالوعد المطلق عندهم يستحب الوفاء به، وهو قول في مذهب أحمد قد يختاره في بعض المواضع طائفة من أصحابه كاختيار بعضهم أن التحليل المشروط قبل العقد لا يؤثر إلا أن ينويه الزوج وقت العقد، وقول طائفة كثيرة بما نقلوه عن

---

(١) المجموع المذهب في قواعد المذهب ٢/٣٧٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/٨٤، وانظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٢٠.

(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي ٨/١٥٤، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٣٥٤، الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ٨/٢٢٣.

أحمد من أن الشرط المتقدم على العقد في الصداق لا يؤثر وإنما يؤثر تسميته في العقد، ومن أصحاب أحمد طائفة كالقاضي أبي يعلى يفرقون بين الشرط المتقدم الرافع لمقصود العقد والمقيد له؛ فإن كان رافعًا - كالمواطأة على كون العقد تلجئة أو تحليلا - أبطله، وإن كان مقيِّدًا له -كاشتراط كون المهر أقل من المسمى - لم يؤثر فيه. لكن المشهور في نصوص أحمد وأصوله وما عليه قدماء أصحابه كقول أهل المدينة؛ أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن، فإذا اتفقا على شيء وعُقد العقد بعد ذلك فهو مصروف إلى المعروف بينهما مما اتفقا عليه كما ينصرف الدرهم والدينار في العقود إلى المعروف بينهما، وكما أن جميع العقود إنما تنصرف إلى ما يتعارفه المتعاقدان»[١].

ولقد نصر ابن تيمية وابن القيم الرأيَ القائل بأن الشرط المتقدم بمنزلة المقارن في مواضع كثيرة من كتبهما، واستدلاً على ذلك بأدلة عديدة - سنذكرها في محلها من الصياغة - بل وعدّوا مدلول القاعدة إلى ما تعورف بين الناس وإن لم يتفق المتعاقدان عليه صراحة؛ بناءً على قاعدة: «العرف كالشرط»، يقول ابن تيمية: «إذا كان الشرط المشروط قبل العقد كالمشروط فيه، فمعلوم أن الشرط العرفيَّ كالشرط اللفظيِّ، ولهذا قالوا: من دفع ثيابه إلى غسَّال يعرف منه الغسل بالأجرة لزمه الأجرة بناءً على أن العرف شرط...، وكذلك لا خلاف أنه لو أطلق الدراهم والدنانير في عقد بيع أو نكاح أو صلح أو غيرها، انصرف إلى النقد الغالب المعروف بين المتعاقدين...، فإن كان بعض التيوس معروفًا بالتحليل، وجيء بالمرأة إليه فهو اشتراط منهم للتحليل لا يعقل الناس إلا هذا، فلو لم يف بما شرطوه لكان عندهم خديعةً ومكرًا ونكثًا وغدرًا، وعلى هذا فيبطل العقد من وجهين: من جهة نية التحليل، ومن جهة اشتراطه قبل العقد لفظًا أو عرفًا، ... وهذا هو الجواب عما ذكروه...، من أن الشروط

---

(١) القواعد النورانية لابن تيمية ص٢٢٠، ٢٢١، وانظر: إعلام الموقعين لابن القيم ١٣٣/٣.

المؤثرة هي ما قارنت العقد دون ما تقدمته، فإن هذا غير مسلَّم، وهو ممنوع لا أصل له من كتاب ولا سنة ولا وفاق ولا عبرةٍ صحيحة، والقول في النكاح والبيع وغيرهما واحد،... والصحيح أن الشروط المتقدمة كالمقارنة مطلقًا، وهذا قول أبي حفص العكبري وهو قول المالكية»[١].

ومن المالكية من يُلحق بالقاعدة - في شقِّها المتعلق بفساد العقد إذا تقدمه شرط فاسد- مسألةَ لو فُهم الشرط الفاسد ولو لم يصرَّح به لا قبل العقد ولا بعده، وفي ذلك يقول الحطاب: «... بيع الخيار يفسد إذا اشترط البائع فيه على المشتري أن ينقده الثمن؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون الثمن تارة بيعًا وتارة سلفًا...، تنبيهات: الأول: إذا تواطآ على النقد قبل عقد البيع، ولم يشترطاه في عقدة البيع فذلك بمنزلة الشرط، وهو واضح؛ بل لو فُهم ذلك من غير تصريح به فالظاهر أنه كالشرط؛ فتأمله»[٢].

بينما قال المخالفون إن الشرط السابق لا يلحق العقد، ولا يؤثر فيه، فلا يلزم الوفاء به، ولا يفسد العقد به إن كان شرطا فاسدًا، كأن يتفق العاقدان على شرط فاسد ثم يعقدان بلا شرط فيصح العقد، لأن ما قبل العقد لغو، فصار وجود الشرط المتقدم كعدمه[٣]، ولأنه «لا يفسد عقد أبدًا إلا بالعقد نفسه، لا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره»[٤]. فـ «الشروط المفسدة: ما تكون مقارنة للعقد وممزوجة به»[٥].

وأما ابن حزم فالقول عنده واحد في الشرط المتقدم على العقد أنه لا يعتبر في صحة العقد وفساده ولا يجب الوفاء به لأنه شرط باطل لا يلزم[٦].

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٣٥٣-٣٥٤.

(٢) مواهب الجليل ٤/٤١٧.

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٠/٣٣٠، المجموع للنووي ٩/٣١٦ و٣٥٦.

(٤) الأم للشافعي ٧/٣١٢.

(٥) إحكام الإحكام لابن دقيق العيد ٢/١٣٩.

(٦) انظر: المحلى ٧/٣١٩، ٩/٤٣٣، ١٢/١٩٥.

أدلة القاعدة :

أولاً : أدلة القائلين بأن الشرط السابق كالمقارن :

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

٢- وقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [الإسراء: ٣٤].

٣- ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِأَمَٰنَٰتِهِمۡ وَعَهۡدِهِمۡ رَٰعُونَ﴾ [المؤمنون: ٨].

٤- حديث النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم»[١].

٥- عن ابن عمر رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الغادر ينصب الله له لواء يوم القيامة، فيقال: ألا هذه غدرة فلان»[٢].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية - مبيِّنا وجه الدلالة من هذه النصوص: «لم يفرق سبحانه بين عقد وعقد وعهد وعهد، ومن شارط غيره في بيع أو نكاح على صفات اتفقا عليها ثم تعاقدا بناءً عليها فهي من عقودهم وعهودهم، لا يعقلون ولا يفهمون إلا ذلك، والقرآن نزل بلغة العرب، وقال سبحانه وتعالى: ﴿فَمَن نَّكَثَ فَإِنَّمَا يَنكُثُ عَلَىٰ نَفۡسِهِۦ﴾ [الفتح: ١٠] وقال: ﴿وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١]، يعني العهود، ومن نكث الشرط المتقدم فهو ناكث، كمن نكث المقارن لا تفرق العرب بينهما في ذلك، وكذلك قال ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا»»[٣].

---

(١) رواه الترمذي ٣/٦٣٤-٦٣٥ (١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٢/٧٨٨ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/٢٧ (٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علقه البخاري بلفظ "المسلمون عند شروطهم" ٣/٩٢ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٢/٥٧ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما، والحديث مروي أيضًا عن غيرهم من الصحابة. انظر: التلخيص الحبير ٣/٥٤.

(٢) رواه البخاري ٤/١٠٤ (٣١٨٨)، ومسلم ٣/١٣٦٠ (١٧٣٥) واللفظ له.

(٣) الفتاوى الكبرى ٣/٣٥١.

وقال في حديث «ينصب لكل غادر لواء... »: «ومن شارط غيره على شيء على أن يتعاقدا عليه وتعاقدا ثم لم يف له بشرطه فقد غدر به، هذا هو الذي يعقله الناس ويفهمونه ولا يُعرف التفريق بينهما في معاني الكلام عن أحد من أهل اللغة، ولا في الحكم عمن قوله حجة»[١].

٦- حديث بيعة الأنصار للنبي ﷺ ليلة العقبة حين قالوا: يا رسول الله اشترط لربك واشترط لنفسك واشترط لأصحابك، فقال: «أشترط لربي أن تعبدوه ولا تشركوا به شيئًا، وأشترط لنفسي أن تمنعوني مما تمنعون منه أنفسكم وأموالكم، واشترط لأصحابي أن تواسوهم». فقالوا: إذا فعلنا ذلك فما لنا؟ قال: «الجنة». قالوا: مدّ يدك فوالله لا نقيلك ولا نستقيلك. فبايعوه[٢].

قال ابن تيمية: «أفلا ترى كيف تقدم الشرط العقد، ولم يحتج حين المبايعة أن يتكلم بالشروط المتقدمة، ولو كانوا قد تكلموا بها فإنهم سموا ما قبل العقد اشتراطًا، فيدخل في مسمى الشرط الذي دل الكتاب والسنة على وجوب الوفاء به، وهذا المحلِّل يقال له: شرطنا عليك أنك إذا وطئتها فطلقها، ويعقد العقد بعد ذلك»[٣].

٧- ومن الأدلة العقلية ما قاله ابن تيمية «من أن العقود في الحقيقة إنما هي بالقلوب، وإنما العبارات مبيِّنات لما في القلوب، لا سيما إن قيل: هي إخبارات، وبيانها لما في القلب لا يختلف بجمع الكلام في وقت أو تفرُّقه في وقتين، لا سيما الكلام الكثير الذي قد يتعذر ذكره

---

(١) نفس المرجع السابق.

(٢) جزء من حديث رواه بنحوه أحمد في المسند ٢٥/٩٢ (١٥٧٩٨)، وابن حبان في صحيحه ١٥/٤٧٣ (٧٠١١) من حديث كعب بن مالك رضي الله عنه، وقال الهيثمي في المجمع ٦/٤٤: رواه أحمد والطبراني، ورجال أحمد رجال الصحيح غير ابن إسحاق وقد صرح بالسماع.

(٣) الفتاوى الكبرى ٣/٣٥٢.

في التعاقد، وهذا هو الواقع في خطاب جميع الخلق بل في أفصح الخطاب وأبلغه، فإن من مهَّد قاعدةً بيَّن بها مراده فإنه يطلق الكلام ويرسله، وإنما يريد به ذلك المقيَّد الذي تقدم، والمستمع يفهم ذلك منه ويحمل كلامه عليه، كالعالم يقول مثلاً: يجوز للرجل أن يوصي بثلث ماله، فلا يدخل في كلامه المجنون ونحوه للعلم بأنه قد قرَّر في موضع آخر أن المجنون لا حكم له في الشرع، فكذلك الرجل يقول: بعتُ وأنكحتُ، فإن هذا اللفظ وإن كان مطلقًا في اللفظ، فهو مقيَّد بما تشارطا عليه قبلُ، ومعنى كلامه: بعتك البيع الذي تشارطنا، وأنكحتك النكاح الذي تراضينا به، فمن جعل كلامه مطلقًا بعد أن تقدم منه المشارطة والمواطأة فقد خرج عن مقتضى قواعد خطاب الخلق، وكلامهم في جميع إيجابهم ومقاصدهم»[1].

ثانيًا: أدلة القائلين بأن الشرط السابق ليس كالمقارن:

١- حديث ذي الرقعتين؛ ذلك الرجل الفقير الذي اتفق معه قرشيٌّ طلق زوجته ثلاثًا على أن يحلِّلها له، فلما دخل بالمرأة ورضيت به اتفق معها على عدم الطلاق فرفع القرشي أمره إلى عمر رضي الله عنه، فقال عمر لذي الرقعتين: «أتطلق امرأتك؟» قال: لا والله لا أطلقها، قال عمر: «لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط»[2]. قال الذين استدلوا بالحديث: «وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ولم ير به عمر بأسًا»[3] أي أنه رأى صحة العقد مع تقدم الشرط المفسِد ولم يعتبره كالمقارن للعقد.

---

(١) الفتاوى الكبرى ٣/٣٥٣.

(٢) رواه سعيد بن منصور ٢/٧٦ (١٩٩٩)، والبيهقي في الكبرى ٧/٢٠٩ (١٤٥٨٢) عن ابن سيرين به.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٧/٥٣٣-٥٣٤، قال ابن قدامة يرد استدلالهم: "ولنا قول النبي ﷺ (لعن الله=

٢- حديث بريرة الذي قال فيه النبي ﷺ لعائشة: «واشترطي لهم الولاء؛ فإنما الولاء لمن أعتق»[١]، فمما استدل به على أن البيع صحيح، والشرط باطل[٢]، ما «حكاه أبو حامد أن اشتراط الولاء تقدم العقد، لأنه كان وقت المساومة، وهو إنما يلزم إذا اقترن بالعقد، فلذلك بطل، فأعلن رسول الله ﷺ إبطال حكمه»[٣].

٣- قاعدة: «ما قبل العقد لغو» قال النووي: «الشرط المقارن للعقد يلحقه، فإن كان شرطا صحيحا لزم الوفاء به، وإن كان فاسدا أفسد العقد، وأما الشرط السابق فلا يلحق العقد، ولا يؤثر فيه، فلا يلزم الوفاء به، ولا يفسد العقد به إن كان شرطا فاسدا، لأن ما قبل العقد لغو»[٤].

تطبيقات القاعدة:

١- بيع الأمانة الذي مضمونه اتفاق العاقدين على أن البائع إذا جاءه بالثمن أعاد عليه ملكه بعد أن ينتفع به المشترى بالإجارة والسكن

= المحلل والمحلل له)، وقول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم، فيكون إجماعًا، ولأنه قصد به التحليل فلم يصح كما لو شرطه، أما حديث ذي الرقعتين فقال أحمد: ليس له إسناد، يعني أن ابن سيرين لم يذكر إسناده إلى عمر، وقال أبو عبيد هو مرسل فأين هو من الذي سمعوه يخطب به على المنبر: لا أوتى بمحلل ولا محلَّل له إلا رجمتهما ؟ ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه، وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع". نفس المرجع السابق، وانظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٣٢٩.

(١) رواه البخاري ٣/٧١ (٢١٥٥)، ومسلم ٢/١١٤١-١١٤٢(١٥٠٤) (٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٨/٢٥٠.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ١٨/٢٥٢.

(٤) المجموع ٩/٣٥٦.

ونحو ذلك، هو بيع باطل باتفاق العلماء إذا كان الشرط مقترنًا بالعقد، وإذا تنازعوا في الشرط المقدم على العقد فالصحيح أنه باطل بكل حال، ومقصودهما إنما هو الربا بإعطاء دراهم إلى أجل ومنفعة الدراهم هي الربح[١].

٢- نكاح المحلِّل في إطلاق كلام الخرقي يشمل ما إذا شرط التحليل حال العقد أو قبله، ولم يرجع عنه، وهذا ينبني على أن الشرط السابق كالمقارن، ولو شرط قبل العقد، ثم نوى في العقد نكاح الرغبة، فأبو محمد يصحح هذا[٢].

٣- إذا اتفق الولي والزوج في السر على أن المهر مائة وأعلنا في العقد مائتين، فمذهب الشافعية وجوب المهر المعلن اعتبارًا بالعقد؛ لأن الصداق يجب به سواء كان العقد بالأقل أم بالأكثر، وقد حملوا نص الشافعي في موضع على أن المهر مهر السر وفي آخر على أنه مهر العلانية، ومما بنوا عليه القولين القاعدة الخلافية: الشرط قبل العقد هل يلحقه؟[٣].

٤- إذا التزم الزوج النفقة على ربائبه قبل عقد النكاح أو بعد عقده لزمته[٤]، وعلى الرأي المخالف في القاعدة لا تلزمه وإنما يستحب له ذلك.

٥- إذا اشترط في أحد الزوجين نسب أو جمال أو يسار أو بكارة أو

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٦/٣٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧١/٣، حاشية الصاوي ١١٠/٣.

(٢) المنثور للزركشي ٤٠٢/٢، المبدع لابن مفلح ٨٦/٧.

(٣) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٢٢٨/٣.

(٤) انظر: المعيار المعرب للونشريسي ٣٤٠/٣.

شباب أو سلامة من عيوب كزوجتك بشرط أنها بكر مثلا؛ فإن بان أدنى مما شُرط فلمن خولف شرطه الخيار بين الفسخ والإمضاء إذا وقع الشرط في العقد، وأما إذا كان قبله فلا[١]، وعلى الرأي الآخر لا فرق بين ما كان قبل العقد وما قارنه.

٦- إذا ملك شخص نصابًا من نقد فلما قرب حول الحول عليه صرفها إلى فقير واشترط عليه الرد إليه، ويقارن الشرط العقد، نحو أن يقول: قد صرفت إليك هذا عن زكاتي على أن ترده علي أو بعضه؛ فإن هذه الصورة لا تجوز ولا تجزي، وكذا لو تقدم الشرط نحو أن تقع مواطأة قبل الصرف على الرد، ثم صرفها إليه من غير شرط ما تواطآ عليه فإن ذلك لا يجوز ولا يجزي أيضا[٢]، ويخرج القول بالإجزاء والجواز على الرأي المخالف بناء على القاعدة.

٧- إذا تواطأ متبايعان على أن العقد الذي سيجريانه بحضور الشهود يراد به الهزل، فالتواطؤ الذي تقدم العقد بمنزلة التصريح بقصد الهزل أثناء العقد، ويكون هذا البيع بيع هزل فاسدا[٣]، وهذا مبني على أن الشرط المتقدم كالمقارن، وأما على الرأي المخالف فلا يكون هزلا إلا إذا صرحا بذلك في صلب العقد.

٨- إذا خاف رجل ظالما فقال لرجل: إني أظهر أني بعت منك داري وليس بيننا بيع في الحقيقة وإنما هو تلجئة، فتبايعا، فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن البيع جائز لأن ما شرطاه في السر لم

---

(١) انظر: فتح المعين للمليباري ٣/٣٣٦-٣٣٧.

(٢) التاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ١/٢١٨.

(٣) درر الحكام لعلي حيدر ١/١١٩.

يذكراه في العقد؛ وإنما عقدا عقدًا صحيحًا بشرائطه، فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط؛ كما إذا اتفقا على أن يشترطا شرطًا فاسدا عند البيع ثم باعا من غير شرط[1].

٩- إذا اشترط المالك على العامل منفعةً؛ كأن يضاربه ويبضعه بضاعة، أو يعامله على شجر وأرض ويستعمله في أرض أخرى أو في إعانة ماشية له، أو يشترط استعارة دوابه أو غير ذلك؛ فإن هذا لا يجوز شرطه بلا نزاع أعلمه بين العلماء، فإنه في معنى اشتراط بمعين أو بقدر من الربح لأنه إذا اشترط منفعته أو منفعة ماله اختص احدهما باستيفاء هذه المنفعة، وقد لا يحصل نماء، أو يحصل دون ما ظنه، فيكون الآخر قد أخذ منفعته بالباطل وقامره، فإن تواطآ على ذلك قبل العقد فهو كالشرط في العقد؛ لأن الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له[2].

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٧٦.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٠/١٠٥، ١٠٦.

رقم القاعدة: ٩٣١

نص القاعدة: كُلُّ مَا يَقْتَضِيه العَقْدُ يَجُوزُ شَرْطُه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- اشتراط موجب العقد لا يبطل العقد[٢].

٢- ما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه[٣].

٣- شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه[٤].

٤- شرط مقتضى العقد غير ممنوع منه[٥].

٥- الشرط الذي يقتضيه العقد لا يضر ولا ينفع[٦].

٦- يصح شرط كل ما يقتضيه العقد فيه[٧].

---

(١) منح الجليل لعليش ٤/٣٤٠.

(٢) الفروق للكرابيسي ٢/١٤٢.

(٣) المهذب للشيرازي ١/٣٥٨.

(٤) المغني لابن قدامة ٤/١٥٦ والكافي له ٣/٥٥، وبلفظ "الشرط الذي يقتضيه العقد لا يوجب فساد العقد" مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/١٣١، وانظر: المعنى نفسه في البحر الزخار لابن المرتضى ٨/٢٩١، القواعد الفقهية للبجنوردي ٥/٢٧٢، القواعد والفوائد للعاملي ٢/٢٥٨.

(٥) التجريد للقدوري ٤/٢١٥٨.

(٦) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٢٧٠، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/١٢١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٠.

(٧) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/١١٧.

٧- الشرط الذي يقتضيه العقد لا يوجب فساده[١].

قواعد ذات علاقة:

١- لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضى العقد[٢]. (مكملة).

٢- ما كان من مصلحة العقد جاز اشتراطه فيه[٣]. (مكملة).

٣- ما يحصل ضمنا إذا تعرض له لا يضر[٤]. (أعم).

شرح القاعدة:

تبين هذه القاعدة حكم الشروط التي يشترطها أيٌّ من المتعاقدين على الآخر، وتكون في الوقت نفسه من مقتضيات العقد وآثاره التي تترتب عليه بموجب حكمه الأصلي.

وتقرر القاعدة أن كل شرط هو من هذا القبيل فإنه شرط صحيح؛ لأنه لا يثبت شيئًا زائدا على العقد وإنما هو تصريح ببعض آثاره التي لا تنفك عنه، سواء أصرح به أطراف العقد أم سكتوا عنه.

ولبيان هذه القاعدة وشرحها فإنه ينبغي أن نبين أولا المقصود بالشرط، والمقصود بمقتضيات العقد.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٧١/٥، ووردت بلفظ: "ما يقتضيه العقد فاشتراطه وعدمه سيان" في الفواكه الدواني للنفراوي ١٤/٢، وبلفظ: "كل شرط يوافق مقتضى العقد لا يقدح في العقد" في عقد الجواهر الثمينة لابن شأس ٧٧٠/٢، الذخيرة للقرافي ٩٨/٨.

(٢) المغني لابن قدامة ٣٣/٥. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كلّ شرط يخالف مقصود العقد فهو باطل".

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٧٩/٦.

(٤) المنثور في القواعد للزركشي ١٤٧/٣، حاشية العبادي عليه ١٢١/١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

أما الشرط: فله في اللغة والاصطلاح أكثر من معنى، والمقصود به في هذا القاعدة على وجه الخصوص الشرط الجعلي أي: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، يقال: شرط فلان على فلان في البيع كذا أي ألزمه ذلك الشيء فيه[١].

فإذا ألزم البائع المشتري تسليم المبيع في مكان معين، أو ألزم المؤجر المستأجر بأن يدفع الأجرة في وقت معين، سمي ذلك شرطا عند اللغويين والفقهاء، وقد جاء في المثل: «الشرط أملك عليك أم لك»[٢] ومعناه أن الشرط يملكُ صاحبه في إلزامه إياه المشروط سواء أكان له أم عليه[٣].

وأما مقتضى العقد فهو الأثر الذي يترتب عليه سواء أصرح به المتعاقدان أم سكتا عنه، «فالبيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ودخوله في ملك المشتري، واستحقاق التسلم والتسليم في كل من الثمن والمثمن ونحو ذلك»[٤]. وعقد الرهن مقتضاه حق المرتهن- أي الدائن- في احتباس المال المرهون حتى وفاء الدين، كما يثبت عليه الالتزام بحفظه وصيانته مثلما يصون أمواله، حتى يفك الرهن أو يباع المرهون لوفاء الدين[٥]. ويعبر عن مقتضى العقد أيضًا بموجب العقد، وحكم العقد، وأثر العقد[٦].

---

(١) القاموس المحيط للفيروز آبادي ١/٨٦٩، ولسان العرب لابن منظور ٧/٣٢٩، وتاج العروس للزبيدي ١٩/٤٠٤، والكليات للكفوي ٥٢٩.

(٢) القاموس المحيط للفيرور آبادي ١/٨٦٩.

(٣) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون لزكي الدين شعبان، دار النهضة الطبعة الأولى، ١٩٦٨م مصر ص ٢٩.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥/٣٩٧.

(٥) المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ١/٣٨٣.

(٦) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ١/٤٠٣ ، ٥١٩.

هذا، وإن الشروط التي تقترن بالعقد فيشترطها أي من المتعاقدين لإلزام الطرف الآخر بمضمونها لها عدة أقسام:

- فقد تكون من مقتضيات العقد ونتائجه الأصلية؛ كأن يشترط البائع على المشتري تعجيل الثمن، أو يشرط المرتهن على الراهن احتباس المال المرهون.
- وقد تكون ملائمة لمقتضاه ولمصلحته كأن يشترط الدائن على المدين وجود كفيل أو رهن لتوثيق الدين.
- وقد يكون الشرط مخالفًا لمقتضى العقد كأن يشترط الرجل على المرأة في عقد الزواج ألا ترث منه.
- وقد يكون في الشرط مصلحة لأحد العاقدين أو لكليهما وهو ليس من مقتضيات العقد ومصالحه، كما أنه لا يخالف أيًّا من مقتضياته، كأن تشترط الزوجة جعل المهر على دفعتين معجلاً ومؤجلاً، أو يشترط المشتري على البائع نقل البضاعة إلى مكان معين.

وحكم هذه الشروط يختلف تبعًا لاختلاف نوعها؛ فمنها ما هو صحيح ومشروع، ومنها ما هو فاسد وممنوع، ومنها ما هو محل اختلاف بين الفقهاء.

وموضوع هذه القاعدة التي نحن بصددها يختص بالقسم الأول من الأقسام السابقة أي الشروط التي تقترن بالعقد وتكون من مقتضيات العقد وآثاره التي تترتب عليه بحكم وضعه الأصلي، فهذه الشروط صحيحة؛ لأن ما تتضمنه من الإلزام والالتزام حاصل بموجب العقد نفسه، قال ابن نجيم: «ومعنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط»[1]، فهو لا يضيف التزما

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٩٢.

جديدًا على العقد، وإنما يقرر ويؤكد ذات الموجبات الأصلية التي تلازم العقد ولا تنفك عنه، وهذا ما وضحته بعض صيغ القاعدة الأخرى مثل: «الشرط الذي يقتضيه العقد لا يضر ولا ينفع»[١]. أي أنه تحصيل لأمر حاصل.

ولما كانت هذه الشروط مؤكدة لمقتضيات العقد وموجبة لذات الآثار التي تنبني عليه دون زيادة أو نقصان، فإن صحتها ومشروعيتها محل اتفاق بين الفقهاء قال ابن قدامة: «والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام **أحدها** ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم، وخيار المجلس والتقابض في الحال. فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكما ولا يؤثر في العقد.

الثاني: تتعلق به مصلحة العاقدين كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به. ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا..»[٢].

وقال الماوردي: «والشروط المقترنة بالعقد على أربعة أقسام: أحدها: ما كان من مقتضى العقد وواجباته كاشتراط تعجيل الثمن وسلامة المبيع، وضمان الدرك فهذه الشروط واجبة بالعقد واشتراطها تأكيد فيه والعقد لازم بها»[٣].

وقال الزيلعي: «فإن شرط فيه ما يقتضيه العقد، كشرط الملك للمشتري، أو شرط فيه الملائم للعقد كالرهن والكفالة جاز؛ لأنهما للتوثقة والتأكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة؛ لأن استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤكده ملائم له»[٤].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٢٧٠، والأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/١٢١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٠.

(٢) المغني لابن قدامة ٤/١٥٦.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣١٢.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٥٧. وانظر أيضًا: البحر الزخار لابن المرتضى ٨/٢٩١، والقواعد الفقهية للبجنوردي ٥/٢٧٢.

وهذه المقتضيات قد تكون ظاهرة وجلية لأطراف العقد كانتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، واستحقاق البائع للثمن، وقد تكون غير ظاهرة لهم أو لبعضهم ما يحملهم على اشتراطها، كاشتراط المشتري على البائع ردّ المبيع في حال وجدان عيب فيه، فثبوت خيار العيب هو من مقتضيات عقد البيع ولا يحتاج إلى اشترط من قبل المشتري لثبوته له، ولكن هذا قد يخفى على بعض المتعاقدين فيقيدون به العقد لضمان حقوقهم والتأكيد عليها.

والمعيار العام لمقتضيات العقد أنها ثابتة بموجبه حتى لو لم يشترطها المتعاقدون، فكل ما هو من هذا القبيل فهو من مقتضيات العقد وموجباته، واشتراطه لا يضير العقد في شيء، والالتزام الذي يقتضيه ثابت بموجب العقد نفسه، لا بموجب الشرط.

على أنه يجدر التنبيه في هذا المقام على أنه مع اتفاق الفقهاء على صحة هذا النوع من الشروط فإنهم قد يختلفون في بعض المسائل والفروع نتيجة اختلافهم في اعتبار بعض الأحكام من مقتضيات العقد أو لا؟

ويمكن التمثيل لهذا بعقد الرهن؛ حيث اختلفت أنظار الفقهاء في ضمان المرتهن للعين المرهونة هل هو من مقتضى عقد الرهن أو يخالف مقتضاه؟ فمذهب الحنفية أن حكمه ومقتضاه هو أن العين المرهونة مضمونة على المرتهن بالأقل من قيمته ومن الدين، سواء أكان الهلاك بسبب تعدي المرتهن وتقصيره أم لا، فلو هلك وقيمة العين مثل دينه صار مستوفيًا دينه، وإن كانت أكثر من دينه فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفيًا حقه، وإن كانت العين أقل صار مستوفيا بقدره ورجع المرتهن بالفضل[1]. وبناء عليه فإن اشتراط الراهن على المرتهن ضمان العين شرط موافق لمقتضى العقد عند الحنفية.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٦٣-٦٤ والفتاوى الهندية ٥/٤٤٧.

بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن حكم عقد الرهن عدم ضمان العين إلا إذا حصل من المرتهن تعد أو تقصير في الحفظ، وبناء عليه قالوا إنه لا يصح اشتراط ضمان المرتهن؛ لأنه مخالف لمقتضى العقد في نظرهم[١].

وبناء على هذا النظر والاعتبار فإنه قد يقع اختلاف بين الفقهاء في بعض الشروط بسبب اختلافهم في اعتبارها من مقتضيات العقد وموجباته وآثاره، أو لا[٢].

أدلة القاعدة:

١- قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما»[٣].

حيث يرشد عموم هذا الحديث إلى صحة ولزوم كل شرط ما دام لا يحل حراما ولا يحرم حلالا، والشروط التي هي من مقتضيات العقد مشمولة بهذا العموم؛ إذ إنها لا تحل حرامًا ولا تحرِّم حلالاً، وإنما توجب ما أوجبه الشارع وتمنع ما منعه الشارع.

٢- من المعقول: أنه ما دامت هذه الشروط هي من مقتضيات العقد

---

(١) المهذب للشيرازي ٣١٦/١، والحاوي الكبير للماوردي ٢٥٣/٦، مطالب أولي النهى للرحيباني ٢٧٩/٣.

(٢) وعلى هذا تخرج الاستثناءات التي أوردها ابن السبكي في الأشباه والنظائر ٢٧٠/١-٢٧١، وابن الملقن على هذه القاعدة في الأشباه ١٢٢/٢-١٢٣.

(٣) رواه الترمذي٦٣٤/٣-٦٣٥(١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٧٨٨/٢ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٢٧/٣ (٩٨)، والبيهقي في السنن الكبرى له ٦٥/٦ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه بلفظ "على شروطهم"، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علق البخاري قوله "المسلمون عند شروطهم" ٩٢/٣ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٥٧/٢ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما، والحديث مروي عن غيرهم من الصحابة. انظر: التلخيص الحبير ٥٤/٣.

ومسبَّباته ونتائجه الأصلية التي تترتب عليه، فإن اشتراطها والتصريح بها في العقد لا يعدو أن يكون تحصيلاً لأمر حاصل، إذ إنها صحيحة وملزمة لأطراف العقد سواء أتم التصريح بها في صلب العقد أم لا.

تطبيقات القاعدة :

١- للبائع أن يشترط حبس المبيع إلى أن يقبض الثمن إذا كان معجلا، حيث إن هذا الشرط بيان لمقتضى العقد وهو لا يضر البيع[١].

٢- إن شرط البائع على المشتري قطع الثمار المبيعة هو شرط يقتضيه العقد؛ لأنه تفريغ لملك البائع عن ملكه[٢].

٣- يصح اشتراط المشتري على البائع تسليم المبيع أو أن يرده إليه إذا وجد به عيبًا ينقص ماليته، أو يكون له الحق في الانتفاع به والتصرف به كيف شاء؛ لأن هذه كلها أحكام تثبت بالبيع وهي تصريح بما أوجبه الشارع سواء نص عليها المتعاقدان أو لا[٣].

٤- من استأجر أرضا للزراعة على أن يكربها-أي يقلبها للحرث - ويسقيها ويزرعها فهو شرط جائز؛ لأن الزراعة مستحقة بالعقد، ولا تتأتى الزراعة إلا بالسقي والكِرَاب[٤] فكان كل واحد منهما مستحقا

---

(١) حاشية ابن عابدين ٨٦/٥، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٣٥/١، وعقد البيع لمصطفى الزرقا ص ٣٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥٩١/٤.

(٣) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده ٩٠/٣، والحاوي للماوردي ٣١٢/٥، نهاية المحتاج للرملي ٤٥٩/٣، و نظرية الشروط المقترنة بالعقد زكي الدين شعبان ص ١٠٣.

(٤) الكَرْب هو إثارة الأرض للحرث، وكَرَب الأرضَ كَرْبا قلَبها وأثارها للزرع. تاج العروس للزبيدي ١٣٢/٤.

بالعقد، وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد[١].

٥- يصح شرط بيع المرتهن للرهن عند حلول الدين، واشترط قبض المرتهن للعين المرهونة، لاستلزام عقد الرهن لهذه المقتضيات حتى ولو سكت عنها المرتهن[٢].

٦- من الشروط التى هي من مقتضيات عقد النكاح:اشتراط المرأة العشرة بالمعروف، والإنفاق، والكسوة، والسكنى، وتسليمها المهر، وأن لا يقصر في شيء من حقّها من قسمة ونحوها، واشتراط الرجل عليها: أن لا تخرج إلا بإذنه، ولا تمنعه نفسها، ولا تتصرف في متاعه إلا برضاه[٣]، فاشتراط هذه الأمور لا يضر العقد.

٧- لو دفع رب المال إلى رجل مالاً مضاربة بالنصف على أن أجر الأجراء من المال، كان جائزا؛ لأن ذلك شرط يقتضيه العقد، فإن أجر الأجراء بمنزلة نفقة المضارب إذا خرج للعمل في مال المضاربة، وذلك يكون في المال بغير شرط، فأجراء العمل في مال المضاربة كذلك[٤].

٨- اشتراط رب الأرض على المزارع ما يحتاج إليه الزرع من السقي والحفظ وقلع الحشائش وحفر الأنهار والمساقي ونحوها، فإنها أمور

---

(١) الهداية للمرغيناني ٣/٢٤٢، وتبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٣١، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده ٣/٥٤٠.

(٢) الذخيرة للقرافي ٨/٩٨، ومطالب أولي النهي للرحيباني ٣/٢٧٨، والأشباه والنظائر لابن الملقن.

(٣) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٤، وكشاف القناع للبهوتي ٥/٩١، والمبدع شرح المقنع لابن مفلح ٧/٨٠، والكافي لابن قدامة ٣/٥٥، ونيل الأوطار للشوكاني ٦/٢٨١.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٣/٦٩-٧٠.

يقتضيها العقد، فذكرها وعدم ذكرها سواء[١].

٩- اشتراط المضارب على رب المال أو المستعير على المعير ألا يضمن ما في يده من المال إذا هلك من غير تعد منه ولا تفريط في الحفظ، فإن ذلك من مقتضى عقد المضاربة والعارية، فاشتراطه اشتراط لموجب من موجبات العقد فيكون صحيحا[٢].

١٠- إذا شُرط على الأجير المشترك ضمان ما تلف بفعله لا يفسد العقد؛ لأنه اشترط شرطا يقتضيه العقد[٣].

د. عبد الرحمن الكيلاني

* * *

(١) نظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي الدين شعبان ص ١٠٣.

(٢) انظر: المرجع نفسه ص ١٠٣.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٤٤٢.

رقم القاعدة: ٩٣٢

نص القاعدة: كُلُّ شَرْطٍ يُخَالِفُ مَقْصُودَ العَقْدِ فَهُوَ باطِلٌ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- لا يَثْبُتُ بالشَّرْط مَا يُخَالِفُ مُقْتَضَى العَقْد[٢].

٢- اشتراط ما ينافي مقصود العقد محذور[٣].

٣- كل شرط يخالف موجب العقد فهو باطل[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- كل ما يقتضيه العقد يجوز شرطه[٥]. (مقابلة).

٢- ما كان من مصلحة العقد جاز اشتراطه فيه[٦]. (مكملة).

٣- كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، ومَا لا فلا[٧]. (مكملة).

---

(١) إعلام الموقعين ٣١٦/١.
(٢) المغني لابن قدامة ٣٣/٥.
(٣) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٣٨/٢٩، والمهذب للشيرازي ٤٧/٢.
(٤) انظر: الاختيار للموصلي ٢٠٣/٤.
(٥) منح الجليل لعليش ٣٤٠/٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٦) انظر: الحاوي للماوردي ١٧٩/٦.
(٧) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤ ومجمع الأنهر ١٥٦/٣، وحاشية ابن عابدين ٢٤٤/٥ و٢٤٩ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٤- ما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة[١]. (مكملة).

٥- كل ما كان أمانة فلا يصير مضمونا بشرطه[٢]. (متفرعة).

شرح القاعدة:

تكشف هذه القاعدة عن حكم الشروط التي تقترن بالعقود وتكون مخالفة لمقتضياتها وآثارها التي تترتب عليها. وقد تم التعريف بكل من الشرط ومقتضيات العقد في قاعدة: «كل ما يقتضيه العقد يجوز شرطه»[٣].

والمقصود بمخالفة الشرط لمقتضى العقد: أن يشترط أحد العاقدين على الآخر شرطًا مخالفًا لأحكام العقد ومقتضياته وآثاره التي تترتب عليه بموجب وضعه الأصلي، كالبائع الذي يشترط على المشتري في عقد البيع ألا يتصرف في العين المبيعة بالبيع أو بالانتفاع، أو الرجل الذي يشترط على المرأة في عقد النكاح ألا يثبت لها منه مهر ولا ميراث ولا نفقة، أو الراهن- أي المدين – الذي يشترط على المرتهن أن لا يكون له الحق ببيع العين المرهونة إذا حلّ الدين، أو ربُّ المال الذي يشترط على المضارب أن يضمن ما في يده من رأس المال مطلقًا. فجميع هذه الشروط تتنافى مع مقتضيات عقودها؛ ولذا فإنها شروط باطلة لا يعتد بها وليس لها أي شرعية أو اعتبار، حتى لو رضيها الطرف الآخر من أطراف العقد وقبل بها.

والحكم ببطلان هذا النوع من الشروط هو محل اتفاق بين الفقهاء، حيث

---

(١) جامع الفصولين ٢/٢، معين الحكام للطرابلسي ١/١٥٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المبدع لابن مفلح ٥/١٤٥. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كل ما كان أمانة أو مضمونًا لا يزول عن حكمه بالشرط".

(٣) منح الجليل لعليش ٤/٣٤٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

تتابعت عباراتهم على إهدار واطِّراح كل شرط هو من هذا القبيل[١].

وسبب ذلك يرجع إلى أن حكمة العقد وغايته ومصلحته التي وضع من أجلها لا تتحقق مع وجود هذه الشروط، إذ يصبح العقد بها عاريا عن مصالحه وحِكمِه التي وضع من أجلها، ومخفقا في بلوغ غاياته ومقاصده التي يسعى إليها كلا المتعاقدين، وهذا ما وضحه الشاطبي بقوله: «الثاني – أي القسم الثاني من الشروط - أن يكون غير ملاءم لمقصود المشروط ولا مكمِّل لحكمته بل هو على الضدِّ من الأول..» ومثَّل له «كما لو اشترط فى النكاح أن لا ينفق عليها، أو أن لا يطأها وليس بمجبوب ولا عِنّين[٢]، أو شرط فى البيع أن لا ينتفع بالمبيع، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض، أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف وأن يصدقه في دعوى التلف، وما أشبه ذلك فهذا القسم أيضًا لا إشكال في إبطاله؛ لأنه مناف لحكمة السبب فلا يصح أن يجتمع معه.... فاشتراط الناكح أن لا ينفق ينافي استجلابَ المودة المطلوبة فيه، وإذا اشترط أن لا يطأ أبطل حكمة النكاح الأولى وهي التناسل، وأضرَّ بالزوجة، فليس من الإمساك بالمعروف الذي هو مظنة الدوام والمؤآلفة، وهكذا سائر الشروط المذكورة، إلا أنها إذا كانت باطلة فهل تؤثر في المشروطات أم لا؟ هذا محل نظر يستمد من المسألة التي قبل هذه»[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٧١/٥، وتبيين الحقائق للزيلعي ٥٧/٤، الاختيار للموصلي٢٠٣/٤، والذخيرة للقرافي ٩٨/٨، والتاج والإكليل للمواق ٥٤٧/٦، والكليات الفقهية لابن غازي ص٥٥٣، ومغني المحتاج للشربيني ٣٤/٢ وحاشية القليوبي ٢٢٤/٢ وتكملة المجموع ٣٤٦/٩ والمغني لابن قدامة ١٥٧/٤، والمبدع لابن مفلح ٥٧/٤، والبحر الزخار لأحمد المرتضى١١١/٥، وشرح النيل لأطفيش ٢٧٣/١٤، والمحلى لابن حزم ٤١٢/٨، ونضد القواعد الفقهية للسيوري ٢٤٩/١.

(٢) المجبوب هو الذي استؤصل ذكره وخصيتاه، والعنين هو الذي لا يقدر على إتيان النساء أو لا يشتهي النساء.

(٣) الموافقات ٢٨٤/١.

ولكن ما مدى تأثير هذا النوع من الشروط الفاسدة على العقد نفسه، فهل يفسد العقد أيضًا نظرا لفساد الشرط المقترن به والمصاحب له؟ أو أن العقد يبقى صحيحًا والذي يسقط هو الشرط الفاسد وحده؟

إن المتتبع لمذاهب الفقهاء في هذه المسألة يجد أن الشروط المنافية لمقتضى العقد ليست على وزان واحد من حيث تأثيرها على العقود المقترنة بها، فثمة بعض الحالات التي يتسرب فيها الفساد من الشرط إلى العقد فيكون الشرط فاسدا في نفسه ومفسدا لغيره. وفي حالات أخرى يكون الفساد قاصرا على الشرط وحده دون أي تأثير منه على العقد نفسه.

والفقهاء مختلفون اختلافا واسعًا في تحديد الحالات التي هي من الضرب الأول والحالات التي هي من الضرب الثاني، وكثيرًا ما تختلف الاجتهادات الفقهية - بما فيها الاجتهادات داخل المذهب الواحد - في حكم العقد الذي اقترن به شرط فاسد.

ويمكن التمثيل لهذا بما بينه ابن قدامة في عقد البيع إذا اقترن به شرط ينافي مقتضاه حيث قال: «الضرب الثاني – أي من الشروط المنافية لمقتضى عقد البيع - أن يشترط غير العتق، مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطأ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه، أو متى نفق المبيع وإلا ردّه، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن، وإن أعتقه فالولاء له، فهذه وما أشبهها شروط فاسدة، وهل يفسد بها البيع على روايتين:

قال القاضي: المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي ها هنا. وهو قول الحسن والشعبي والنخعي وابن أبي ليلى وأبي ثور.

والثانية: البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط[1]، ولأنه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو شرط فيه عقدا آخر،

(١) رواه الطبراني في الأوسط ٤/٢٣٥، وأبو حنيفة في مسنده ١/١٦٠ كلاهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا، ولأن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك إذا كان الشرط له، فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي»[١].

وعلى هذا فإن فساد العقد نتيجة مخالفة الشرط لمقتضاه مسألة فيها قدر من الاختلاف في الاجتهادات الفقهية[٢]. وإن بعض القواعد ذات العلاقة قد ميزت بين العقود التي تفسد باقترانها بالشروط الفاسدة، والعقود التي لا تفسد بذلك، مثل «كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد ومَا لا، فلا»[٣]. وما جاز تعليقه بالشرط لا تفسده الشروط الفاسدة[٤].

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء مع اتفاقهم على بطلان الشرط المخالف لمقتضى العقد فإنهم قد يختلفون في جملة من المسائل والفروع والوقائع نتيجةً لاختلافهم في اعتبار بعض الشروط من قبيل الشروط المخالفة لمقتضى العقد، أو لا.

ومن ذلك مثلاً: اشتراط المرأة على الرجل في عقد الزواج أن لا يسافر بها ولا يتزوج عليها، فهذه شروط صحيحة عند الحنابلة ويلزم الوفاء بها؛ لأنها لا تتضمن - في اعتبارهم - مخالفة لمقتضيات عقد النكاح وموجباته الأصلية، إذ ليس من موجبات العقد أن يسافر الرجل بزوجته حيث سافر، أو يتزوج

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٧/٤.

(٢) للتوسع في هذا الموضوع انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠٨/٤-٣٠٩، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون لزكي الدين شعبان ص ١٠٢-١٣٠، دار النهضة العربية ط١، ١٩٦٨م.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤ ومجمع الأنهر ١٥٦/٣، وحاشية ابن عابدين ٢٤٤/٥ و٢٤٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) منحة الخالق لابن عابدين ٢٠٨/٦. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

عليها[١]، بينما اعتبر الحنفية والشافعية هذه الشروط فاسدة لأنها تخالف مقتضيات عقد النكاح[٢]، قال الشربيني: «وإن خالف الشرط مقتضى عقد النكاح ولم يخل بمقصوده الأصلي وهو الوطء كشرط أن لا يتزوج عليها أو أن لا نفقة لها، صح النكاح لعدم الإخلال بمقصوده وهو الوطء وفسد الشرط»[٣].

ومن هذا القبيل أيضًا عقد الرهن، حيث اختلفت أنظار الفقهاء في مقتضاه وحكمه فيما يتعلق بضمان المرتهن للعين المرهونة، فذهب الحنفية إلى أن حكمه ومقتضاه هو أنها مضمونة على المرتهن بالأقل من قيمته ومن الدين سواء أكان الهلاك بسبب تعدي المرتهن وتقصيره أم لا، فلو هلك وقيمة العين مثل دينه صار مستوفيًا دينه، وإن كانت أكثر من دينه فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفيًا حقه، وإن كانت العين أقل صار مستوفيا بقدره ورجع المرتهن بالفضل[٤] وبناء عليه فإن اشتراط الراهن على المرتهن ضمان العين شرط موافق لمقتضى العقد عند الحنفية.

بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن حكم عقد الرهن عدم الضمان إلا إذا حصل من المرتهن تعد أو تقصير في الحفظ، وبناء عليه قالوا: إنه لا يصح اشتراط ضمان المرتهن، لأنه مخالف لمقتضى العقد في نظرهم[٥].

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٧١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٨٥، والحاوي للماوردي ٩/٥٠٧، ومغني المحتاج للشربيني ٣/٢٢٧.

(٣) مغني المحتاج للشربيني٣/٢٢٧.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٦٣-٦٤ والفتاوى الهندية ٥/٤٤٧.

(٥) المهذب للشيرازي ١/٣١٦، والحاوي الكبير للماوردي ٦/٢٥٣ مطالب أولي النهى ٣/٢٧٩.

أدلة القاعدة :

١- قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا»[١].

حيث يرشد هذا الحديث إلى فقدان الشرط لاعتباره وشرعيته إذا كان متضمنا لأي التزام فيه تحليل للحرام أو تحريم للحلال، والشروط المخالفة لمقتضى العقد من هذا القبيل؛ إذ إنها تمنع العقود من الإفضاء إلى أحكامها وآثارها الشرعية التي وضعت العقود من أجلها.

٢- عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءت بريرة فقالت: إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني. فقالت عائشة: إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك فعلت، ويكون ولاؤك لي. فذهبت إلى أهلها فأبوا ذلك عليها، فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم. فسمع بذلك رسول الله ﷺ فسألني فأخبرته فقال: «خذيها فأعتقيها واشترطي لهم الولاء؛ فإنما الولاء لمن أعتق». قالت عائشة: فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «أما بعد فما بال رجال منكم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله! فأيما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، فقضاء الله أحق وشرط الله أوثق. ما بال رجال منكم يقول أحدهم: أعتق يا فلان، ولي الولاء، إنما الولاء لمن أعتق»[٢].

---

(١) رواه الترمذي٣/٦٣٤-٦٣٥ (١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٧٨٨/٢ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٢٧/٣ (٩٨)، والبيهقي في السنن الكبرى له ٦٥/٦ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه بلفظ "على شروطهم"، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علق البخاري قوله "المسلمون عند شروطهم" ٩٢/٣ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٥٧/٢ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما، والحديث مروي عن غيرهم من الصحابة. انظر: التلخيص الحبير ٥٤/٣.

(٢) رواه البخاري ٧١/٣ (٢١٥٥)، ومسلم ١١٤١/٢-١١٤٢(١٥٠٤)(٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.

وجه الدلالة في هذا الحديث أن أهل بريرة- أي سادتها- قد اشترطوا شرطا مخالفا لمقتضى العقد إذ طلبوا أن يكون الولاء لهم بعد إعتاق بريرة، وموجب العقد ومقتضاه أن يكون الولاء للمعتق أي للسيدة عائشة؛ لأن الولاء فرع ثبوت الملك للمعتق. وقد بين الرسول ﷺ بطلان ما اشترطه سادة بريرة، واعتبره مخالفا لشرع الله وحكمه وهذا معنى قوله: «ليس في كتاب الله» أي كل شرط مخالف لكتاب الله[(١)]، وهذا الحكم يصدق على كل شرط ينافي مقتضى العقد لأن فيه منعا لما أوجبه الشرع، أو إيجابا لما منعه الشرع.

٣- عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «العُمرى لمن وهبت له»[(٢)] وقوله ﷺ: «لا عمرى ولا رقبى»[(٣)].

وجه الدلالة: أن العمرى والرقبى: هي ما كان عليه أهل الجاهلية من قول الرجل لآخر: أعمرتك هذه الدار مثلا، أو جعلتها لك عمرك، أو حياتك، أو ما عشت، أو حييت، أو بقيت أو ما يفيد هذا المعنى[(٤)]، يريد بذلك تمليك رقبة المال للآخر ملكية مؤقتة، فأبطل الرسول ﷺ الشرط باعتباره مخالفا لمقتضى عقد الهبة الذي يفيد ملكية العين للموهوب له ملكية دائمة مطلقة، وجعل المال للمعمر له ولعقبه من بعده، قال ابن حجر نقلاً عن بعض شراح الحديث: «والظاهر أنه ما كان مقصود العرب بهما إلا تمليك الرقبة بالشرط المذكور، فجاء الشرع بمراغمتهم فصحح العقد على نعت الهبة المحمودة، وأبطل الشرط

---

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر ١٨٨/٥، وعمدة القاري للعيني ١٢٠/١٣.

(٢) رواه البخاري ١٦٥/٣ (٢٦٢٥) ومواضع أخر، ومسلم واللفظ له ١٢٤٦/٣ (١٦٢٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٣) رواه أحمد ٥٠٧/٨ (٤٩٠٦) و٣١٠/٩ (٥٤٢٢)، والنسائي ٢٧٣/٦ (٣٧٣٣) (٣٧٣٤)، والكبرى له ١٩٣/٦(٢٥٢٨) (٢٥٢٩)، وابن ماجه ٧٩٦/٢ (٢٣٨٣).

(٤) شرح النووي على صحيح مسلم ٧٠/١١ وانظر: سبل السلام للصنعاني ٩١/٣، ونيل الأوطار للشوكاني ١١٩/٦.

المضاد لذلك فإنه يشبه الرجوع في الهبة وقد صح النهي عنه وشبه بالكلب يعود في قيئه وقد روى النسائي من طريق أبي الزبير عن ابن عباس رفعه العمري لمن أعمرها والرقبى لمن أرقبها والعائد في هبته كالعائد في قيئه فشرط الرجوع المقارن للعقد مثل الرجوع الطاريء بعده فنهى عن ذلك وأمر أن يبقيها مطلقا أو يخرجها مطلقا فإن أخرجها على خلاف ذلك بطل الشرط وصح العقد مراغمة له وهو نحو إبطال شرط الولاء لمن باع عبدا كما تقدم في قصة بريرة»[١].

تطبيقات القاعدة :

١- من قال لآخر: بعتك هذه الدار على أن لا تسكنها ولا تؤاجرها، أو بعتك هذه السيارة[٢] على أنني أركبها دونك، أو بعتك هذه الماشية على أن نتاجها ولبنها لي دونك، أو بعتك هذه الأرض على أنني أزرعها سنة فجميع هذه الشروط باطلة، والعقد باشتراطها فيه باطل عند الحنفية والمالكية والشافعية[٣]، وعند الحنابلة يسقط الشرط ويكون العقد صحيحا[٤].

٢- من ملك النصاب من الزكاة كأربعين شاة، وأراد بيع الجميع بعد وجوب زكاته واشترط على المشتري أن يدفع الزكاة منها، فهذا شرط باطل، والبيع باطل لأنه شرط على المشتري تحمل الزكاة عنه وذلك ينافي موجب العقد[٥].

٣- لو أجّر الرجل داره على أن يسكنها المؤجر شهرا ثم يسلمها إلى

---

(١) فتح الباري ٥/٢٣٨.
(٢) في النص الأصلي: بعتك هذه الدابة.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٦٩، والتاج والإكليل للعبدري ٥/٨، والحاوي الكبير للماوردي ٥/٣١٢.
(٤) المغني لابن قدامة ٤/١٥٧.
(٥) انظر: الحاوي للماوردي ٣/١٩٩.

المستأجر، أو أرضا على أن يزرعها ثم يسلمها إلى المستأجر، أو دابة على أن يركبها شهرا، أو ثوبا على أن يلبسه شهرا ثم يسلمه إلى المستأجر، فالإجارة فاسدة عند الحنفية[١].

٤- في عقد الرهن: إذا اشترط الراهن- أي المدين -ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن يشترط ألا يباع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفى الدين من ثمنه، أو لا يباع ما خيف تلفه، أو بيع الرهن بأي ثمن كان، أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه، فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد فإن المقصود من الرهن مع الوفاء بهذه الشروط مفقود[٢].

٥- إن اشترط الرجل في عقد الزواج: أن لا مهر للزوجة، أو أن لا ينفق عليها، أو إن أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه:أن لا يطأها أو يعزل عنها، أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر، أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة، أو شرط لها النهار دون الليل، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئًا، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى عقد الزواج[٣].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٩٤/٤-١٩٥، ومن الفقهاء من يجيز مثل هذه الشروط إذا كانت المدة المشروطة مما يتسامح به عادة.

(٢) المغني لابن قدامة ٢٤٩/٤ والروض المربع للبهوتي ١٧٣/٢، ومغني المحتاج للشربيني ١٢٢/٢.

(٣) انظر: منح الجليل لعليش ٣٠٣/٣، والمغني لابن قدامة ٧٢/٧، والمبدع لابن مفلح ٨٩/٧، والروض المربع للبهوتي ٩٢/٣، وهناك اختلاف عند الفقهاء في تأثير هذا الشرط على عقد النكاح، فعند الحنفية أن هذه الشروط إذا اقترنت بالمهر فإنها تؤثر على المهر المسمى فإذا لم يف به كان لها الأقل من مهر المثل أو المسمى. بينما ذهب المالكية أن هذا الشرط يوجب فسخ النكاح قبل الدخول، وأما إذا حصل دخول فلها مهر المثل. والشافعية يميزون بين ما يرفع مقصود النكاح مثل أن يجعل طلاقها بيدها فهذا شرط مبطل للعقد من أصله لأنه يرفع البقاء والاستدامة وهو مقصود للزواج، وبين ما لا يبطل مقصود النكاح وإنما يخالف مقتضاه فقط، كأن لا يقسم لها مع نسائه فهذه شروط فاسدة عندهم وهي لا تفسد العقد.انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٣٢/٣، ومنح الجليل لعليش ٣٠٣/٣، والحاوي للماوردي ٥٠٦/٩.

٦- إذا قال رب المال للمضارب: خذ المال مضاربة ولك ربحه، لم يصح، وللمضارب أجرة مثله. أو قال: خذ مضاربة ولي ربحه لم يصح ولا أجرة له؛ لأن المضاربة الصحيحة تقتضي كون الربح بينهما نصفين فإذا شرط اختصاص أحدهما به فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كما لو شرط في شركة العنان أن الربح كله لأحدهما[١].

٧- إذا اشترط المودع على الوديع ضمان الوديعة بإطلاق فإنه لا يعتد بهذا الشرط، لأن مقتضى عقد الوديعة عدم الضمان إلا في حالة التعدي أو التقصير فقط[٢].

٨- إذا شرط في الوقف أن يبيعه متى شاء، أو يهبه، أو يرجع فيه، بطل الوقف والشرط عند الحنابلة، وليس في بطلان الشرط خلاف عندهم؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، وفي قول عندهم إنه يصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع[٣].

٩- إن شرط مقرض ردّ القرض بعينه لم يصح الشرط، لأنه ينافي مقتضى العقد وهو التصرف في المال المقترض[٤].

١٠- إن شرط في المسابقة على السابق أن يطعم أصحابه من السبق بطل الشرط؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد[٥].

د. عبد الرحمن الكيلاني

* * *

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢١، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٢١٧، والمبدع لابن مفلح ٥/١٩ والكافي لابن قدامة ٢/٢٦٩.
(٢) انظر: المبدع ٥/١٤٥، والذخيرة ٩/١٣٨.
(٣) المبدع ٥/٣٢٣
(٤) شرح منتهى الإرادات ٢/١٠٠.
(٥) المهذب للشيرازي ١/٤١٩.



رقم القاعدة: ٩٣٣

نص القاعدة: كُلُّ مَا كَانَ أَمَانَةً أو مَضْمُونًا لا يَزُولُ عَنْ حُكْمِهِ بِالشَّرْط[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط، وعكسُه[٢].

٢- كل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه[٣].

٣- ما لا يجب ضمانه، لا يصيره الشرط مضمونا، وما يجب ضمانه، لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه[٤].

٤- كل عقد كان أمانة لم يصر مضمونا باشتراط الضمان وكل عقد كان مضمونا لم يسقط ضمانه باشتراط سقوطه[٥].

٥- التزام ما يخالف سنة العقود شرعًا من ضمان أو عدمه ساقط[٦].

---

(١) الإقناع في فقه الإمام أحمد ٢/٣٣٥.

(٢) الروض المربع ٢/٣٤٣.

(٣) المبدع ٥/٧٩. وفي لفظ: كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط، وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه. انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٥/٣٦٦، كشاف القناع ٤/٧٠.

(٤) المغني ٥/٣١١.

(٥) انظر: الحاوي الكبير ٧/٤٥. وفي لفظ: الأمانة لا تصير مضمونة بالشرط، كالمضمون لا يصير أمانة بالشرط. انظر: المهذب ١/٣٦٦.

(٦) إيضاح المسالك ص ٣٠٠. وزيد في آخرها: "على المشهور". وفي لفظ: "إذا اشتُرط إسقاطُ الضمان فيما يضمن أو إثباته فيما لا يضمن ففي إفادته قولان" جامع الأمهات لابن الحاجب ص ٤٠٨.

٦- ما أصله غير الضمان لا يوجب اشتراط الضمان فيه ضمانًا، كما أن أصل ما كان مضمونًا لا يبطل ضمانه بالشرط[١].

قواعد ذات علاقة :

١- اشتراط ما يوجب الحكم خلافه مما لا يقتضي فسادًا هل يعتبر أم لا؟[٢]. (أعم).

٢- اشتراط الضمان على الأمين باطل[٣]. (أخص).

٣- فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه[٤]. (متكاملة).

٤- لا ضمان على مؤتمن[٥]. (دليل لأحد شطري القاعدة).

٥- الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل[٦]. (متكاملة).

---

(١) شرح النيل ١٢/١٢٠. وانظر معناه في: الحاوي الكبير ٦/٥٣٠، الدر المختار ٥/٦٧٩. وفي لفظ: "ما أصله غير مضمون فلا يوجب الشرط ضمانه، كما أن أصل ما كان مضمونًا لا يبطل ضمانه بالشرط" الجامع لابن بركة ٢/٤٢٧.

(٢) إيضاح المسالك ص ٢٩٩ ، وانظر قاعدة: "كل شرط يخالف مقصود العقد فهو باطل"، في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط ١١/١٥٧، ١٥/٨٤، البحر الرائق ٧/٢٧٤، مجمع الضمانات ١/٢٣٧، غمز عيون البصائر ٣/١٣٣، حاشية ابن عابدين ٥/٦٦٣. وفي لفظ "شرط الضمان في الأمانة لا يوجب الضمان" الشرح الكبير للرافعي١١/١٧١، أسنى المطالب٢/٣١٣، وبنحوه في الدر المختار٦/٦٥.

(٤) المنثور ٣/٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) هي نص حديث شريف رواه الدارقطني ٣/٤١ (١٦٧)، والبيهقي ٦/٢٨٩ عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، وقال البيهقي: إسناده ضعيف، وقال ابن الملقن في البدر المنير ١٨/٢٥٠ (١٥٨٥): وهذا ضعيف أيضًا بعبد الله ابن شبيب واه، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) فتح القدير ٦/٢٤١.

شرح القاعدة:

العقود من حيث الضمان تنقسم – بشكل عام – إلى قسمين:

الأول: عقود الأمانات، وهي التي يكون الشيء المقبوض فيها أمانة في يد القابض، لا يضمنه إلا إذا تلف بسبب تعديه أو بتقصيره في حفظه كالوديعة والشركة، والإجارة، والمضاربة، والوكالة، والوصاية، والنظارة على الوقف ونحوها.

والثاني: عقود الضمان، وهي التي يكون الشيء المقبوض فيها مضمونا على القابض في كل حال، بأي سبب هلك كعقد البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والقرض، والقبض على سوم الشراء، ونحوها.

«ومناط التمييز - بوجه عام - بين عقود الضمان، وبين عقود الأمانة، يدور مع المعاوضة: فكلما كان في العقد معاوضة، كان عقد ضمان، وكلما كان القصد من العقد غير المعاوضة، كالحفظ ونحوه، كان العقد عقد أمانة»[1].

فمفاد هذه القاعدة التي هي إحدى قواعد الضمان في الفقه الإسلامي أن الشرط لا يؤثر في تغيير صفة اليد من حيث الضمان وعدمه، فكل شرط يتنافى مع طبيعة العقد، ويفضي إلى قلب مقتضى العقد من حكم الضمان إلى حكم الأمانة، أو من حكم الأمانة إلى حكم الضمان، فإنه شرط باطل، وغير معتبر شرعًا، فما أوجب الشرع ضمانه على متلفه فإن هذا الضمان لا ينتفي حتى لو اشتُرط نفيه، وأما ما لم يوجب الشرع ضمانه فلا يصح ضمانه، وشرط ضمانه يعتبر لاغيًا.

وهذه القاعدة أخذ بها جمهور الفقهاء، وهي المعتمدة – في الجملة – في

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٨/٢٣٥ – ٢٣٦.

جميع المذاهب الفقهية، ويقابله عندهم القول بجواز اشتراط الضمان، وهي رواية عن الإمام أحمد، قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: «إن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين، فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد» ثم مضى إلى أن ذكر هذه القاعدة، ثم قال: «وعن أحمد، أنه سئل عن ذلك، فقال: المسلمون على شروطهم، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه؛ لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»[1]. وكذا قال الحنفية بأنه «اشتراط الضمان على الأمين باطل، وبه يفتى» [2]، كما أن هناك قولاً – مقابل المشهور - بالجواز عند المالكية[3]، وكذلك الحال عند الشيعة الإمامية[4]. ومال إليه عدد من الباحثين المعاصرين في بعض المسائل[5]، وقد عقب بعضهم على الرواية المرجوحة عن الإمام أحمد بقوله: «ولكن رواية الإمام أحمد – حسب التفصيل السابق – لا تخلو من وجاهة؛ لاستنادها إلى الحديث، ويمكن أن تكون محل تقدير في مجال الشروط في قضايا معينة تشتد الحاجة فيها إلى مثل ذلك»[6]، وبخاصة في عصرنا الراهن حيث غلب فساد الذمم، وازدادت الخيانة، وطغت النـزعة المادية على حياة الناس، والله تعالى أعلم.

---

(١) المغني ٥/٣١١ – ٣١٢. والحديث رواه الترمذي ٣/٦٣٤-٦٣٥(١٣٥٢)، وابن ماجه ٢/٧٨٨ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/٢٧(٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه بلفظ "على شروطهم"، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علق البخاري قوله "المسلمون عند شروطهم" ٣/٩٢ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٢/٥٧ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما، والحديث مروي أيضًا عن غيرهم من الصحابة. انظر: التلخيص الحبير ٣/٥٤.

(٢) مجمع الأنهر ٣/٤٦٨.

(٣) انظر: إيضاح المسالك ص ٣٠٠ – ٣٠١.

(٤) انظر: فقه جعفر الصادق ١٨/٢٤، ٢٠/٣٤٩، جامع المقاصد ٧/١٠٠، منية الطالب للخوانساري ٣/١٧ – ١٩.

(٥) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثالث عشر، الجزء الثالث ص١٥٥- ١٦١، وبحث الدكتور نزيه حماد: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، ضمن كتابه: قضايا فقهية معاصرة، ص ٣٧٨-٣٨٧.

(٦) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدكتور الندوي ١/٣٣٧.

أدلة القاعدة :

١- حديث عائشة – رضي الله عنها مرفوعًا: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[١] فقد أبطل هذا الحديث كل شرط مخالف لشرع الله سبحانه وتعالى، فيدخل فيه اشتراط الضمان على الأمين؛ لما تقرر شرعًا من أنه «لا ضمان على مؤتمن» في شرع الله تعالى، «فهذا الشرط مخالف لحكم الشرع»[٢]، فكان باطلاً[٣].

٢- إن العقود معتبرة بما استقر من أحكام أصولها، ولا يغير الشرط الأصل عن حكمه[٤].

٣- إن شرط الضمان على الأمين أو نفيه عمن هو مضمون عليه ينافي مقتضى العقد، فكان باطلاً[٥] أو بعبارة أخرى: إن هذا الشرط يخرج العقود عن حقائقها الشرعية، فلم يكن معتبراً[٦].

تطبيقات القاعدة :

١- إن شرط رب الوديعة ضمانها على الوديع لم يصح الشرط ولم يضمنها باتفاق الفقهاء؛ لأن الوديعة أمانة وكل ما كان أمانة لا يصير

---

(١) رواه البخاري ٩٨/١ (٤٥٦) وفي مواضع أخر، ومسلم ١١٤٢/٢ (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) المبسوط ١٦١/١٥. وانظر أيضًا: نظرية الضمان للدكتور الزحيلي ص ١٨٢.

(٣) انظر في الاستدلال بهذا الحديث على القاعدة: المحلى ١٣٩/٨، الحاوي الكبير ٥٣٠/٦.

(٤) الحاوي الكبير ٤٥/٨. وانظر أيضًا: ٢٥٣/٧.

(٥) انظر: المغني ٣١١/٥، المبدع ١٤٥/٥.

(٦) انظر: الشرح الكبير للدردير ٤٢٣/٣.

مضمونا بشرطه[1]. وكذلك لو قال المودَع: أنا ضامن لها، فهلكت بلا تعدٍّ ولا تفريط منه لا يضمن[2].

٢- اشتراط الضمان على العمال الذين يجمعون أموال العشر والزكاة باطل لا يتعلق به حكم في الشرع؛ لأن العامل مؤتمن ليستوفي ما وجب، ويؤدي ما حصل[3]، والأمانة لا تنقلب مضمونة بالشرط.

٣- لو شرط الضمان على الراعي لم يضمن[4]، كأن يشرط عليه ذبح ما خيف هلاكه فلم يذبحه فهلك ينبغي أن لا يضمن؛ لأن شرط الضمان على الأمين باطل[5].

٤- لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار - التي تصدرها البنوك قبل الاكتتاب فيها - ولا صكوكُ المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة [البنك] رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال. فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمنًا بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل[6]؛ لأن يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة، واشتراط الضمان على الأمين باطل.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير ٤٥/٨، بداية المجتهد ٢٣٣/٢، الإفصاح لابن هبيرة ٢٧/٢، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٦٦/٥، كشاف القناع ٧٠/٤، التاج المذهب للعنسي ٣٣٦/٣.

(٢) انظر: المغني ٣٠١/٦، التاج المذهب ٣٣٦/٣.

(٣) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢٢، ولأبي يعلى ص ١٨٦.

(٤) انظر: الذخيرة ٥٠٧/٥.

(٥) انظر: مجمع الضمانات ١١٥/١.

(٦) قرار مجمع الفقه الإسلامي [(٥) د٤ - ٠٨ - ٨٨] ٥ الصادر عن مؤتمره الرابع بجدة عام ١٤٠٨هـ حول سندات المقارضة وسندات الاستثمار. مجلة المجمع الدورة الرابعة، المجلد الثالث/٢١٦٣. والدورة الثالثة عشرة، العدد الثالث/١٦١ فما بعدها.

٥- ليس للمريض أن يشترط الضمان على الطبيب عند عامة الفقهاء؛ لأن الطبيب مؤتمن، وشرط الضمان على الأمين باطل[١]. وكذلك الحكم فيما لو ضمن الطبيب لا يلتفت لضمانه، إذا كان حاذقًا، ولم يتعد ولم يفرط في التداوي؛ لأنه مؤتمن، وشرط الضمان على الأمين باطل[٢].

٦- لا يحل للتاجر وغيره من المستأمنين أخذ بدل الهالك من مال السوكرة (التأمين التجاري)؛ لأنه مال لا يلزم من التزم به، ولأن اشتراط الضمان على الأمين باطل[٣].

٧- لا يجوز اشتراط الضمان على المضارب، إن لم يتعد ولم يفرط في عمله، ولم يخالف الشروط المتعاقد عليها في العقد، وإن اشترط عليه الضمان فسد العقد، أو فسد الشرط وحده - على خلاف بينهم في ذلك؛ لأن يده يد أمانة، والأمانات لا تصير مضمونة بالشرط[٤].

٨- لو شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين، فالشرط فاسد؛ لأن ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونًا، و ما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه[٥].

٩- لا يجوز تعليق نفاذ البيع على شرط عدم تحمل المشتري أي عطب أو

---

(١) انظر: مجلة مجمع القه الإسلامي بجدة، الدورة الثالثة عشرة، المجلد الثالث/٣٣٣.

(٢) انظر: الدر المختار ١٣٦/٧.

(٣) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، بجدة، الدورة الثانية، المجلد الثاني/٥٥٢. وراجع أيضًا: حاشية ابن عابدين ٣٥٠/٤.

(٤) انظر: المبسوط ١٥٧/١١ - ١٥٨، بدائع الصنائع ٨٥/٦، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٤٦/٢، الحاوي الكبير ٨٠٧/٧، المغني ٤٠/٥، ٤١ - قال ابن قدامة: لا نعلم فيه خلافًا، شرح النيل ٣٢٢/١٠ - ٣٢٣.

(٥) انظر: المغني ٣١١/٥. وراجع أيضًا : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤٣٦/١.

عيب يحدث بعد إبرام العقد؛ لأن هذا الشرط يعني شرط نفي ضمان عقد البيع، وهو عقد مضمون، فلا يصح نفي ضمانه بالشرط[١].

١٠- إذا استعار سيارة من صاحبها وشرط عدم ضمانها إذا تلفت، فإن هذا الشرط باطل، وتبقى السيارة مضمونه على المستعير - عند من يرون أن العارية مضمونة على المستعير مطلقًا، مثل الشافعية والحنابلة؛ بناءً على هذه القاعدة[٢].

استثناءات من القاعدة:

ذهبت الزيدية والشيعة الإمامية إلى جواز اشتراط الضمان في العارية، مع أنها من عقود الأمانات عندهم، لكنهم أجازوا ضمانها بالشرط لورود روايات عندهم بذلك[٣].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية لعلي الندوي ١/٣٣٧. وراجع أيضًا: بداية المجتهد ٢/١٣٩.

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٧/٤٥٠ - ٤٥١.

(٣) انظر: التاج المذهب للعنسي ٣/٢٥٥، فقه جعفر الصادق ١٨/٢٤، القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية ٢/٦٩.

رقم القاعدة: ٩٣٤

نص القاعدة: الشَّرْطُ الَّذِي لا يَقْتَضِيه العَقْدُ يَصِحُّ إنْ كَانَ مِن مَصْلَحَتِه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما كان من مصلحة العقد جاز اشتراطه فيه[٢].

٢- الشرط الذي لا يقتضيه العقد إلا أنه يلائم العقد لا يوجب فساد العقد[٣].

٣- كل شرط لا يناقض مقصود العقد ومقتضاه بل هو من مصلحته يصح العقد مع اشتراطه[٤].

٤- كل شرط مكمل لحكمة المشروط مقوٍّ لها فهو صحيح[٥].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٢٧٢، والأشباه والنظائر لابن الملقن ١/١٢٤، ونواضر النظائر لابن الصاحب ١/٧٧/أ، ب.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٦/١٧٩.

(٣) مرآة المجلة لآصاف ١/١٣٢.

(٤) التاج والإكليل للمواق محمد بن يوسف العبدري ٤/٣٧٥.

(٥) انظر: الموافقات للشاطبي ١/٢٨٣.

قواعد ذات علاقة:

١- كل ما يقتضيه العقد يجوز شرطه[١]. (مكملة).

٢- لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضى العقد[٢]. (مكملة).

٣- كل شرط من مصلحة البيع فهو جائز[٣]. (متفرعة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة هي واحدة من جملة القواعد التي تناولت أنواع الشروط التي يشترطها أحد المتعاقدين في صلب العقد لإلزام الطرف الآخر بأمر من الأمور. وقد تبين في قاعدة «كل ما يقتضيه العقد يجوز شرطه»[٤] معنى الشرط ومعنى مقتضيات العقد.

وتبين هذه القاعدة التي نحن بصددها حكم الشروط التي يشترطها أيٌّ من المتعاقدين وهي ليست من مقتضيات العقد وآثاره ولكنها ملائمة لهذه المقتضيات ومناسبة لها. ومعنى مناسبتها لمقتضيات العقد: أنها تخدم مصالح العقد وآثاره ونتائجه التي تترتب عليه بحكم وضعه الأصلي؛ كأن يشترط البائع على المشتري: الرهن أو الكفيل لتوثيق حقه بالثمن المؤجل. فالرهن والكفالة ليسا من مقتضيات عقد البيع، ولكنهما ملائمان لهذه المقتضيات من جهة ما فيهما من توثيق لحق البائع في استيفاء الثمن، وهو واحد من مقتضيات عقد البيع، قال الزيلعي: «فإن شرط فيه - أي في عقد البيع - ما يقتضيه العقد،

---

(١) منح الجليل لعليش ٤/٣٤٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المغني لابن قدامة ٥/٣٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: شرح السنة للبغوي ٨/١٤٧.

(٤) منح الجليل لعليش ٤/٣٤٠.

كشرط الملك للمشتري، أو شرط فيه الملائم للعقد كالرهن والكفالة جاز لأنهما للتوثقة والتأكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة؛ لأن استيفاء الثمن مقتضى العقد، ومؤكِّده ملائمٌ له إذا كان معلوما بأن كان الرهن والكفالة معينين»[1].

وتدخل في مشمولات الشروط الملائمة لمقتضيات العقد، الشروط التي ورد من الشرع ما يدل على مشروعية تقييد العقد بها: مثل: اشتراط أحد العاقدين خيار الشرط مدة ثلاثة أيام، أو اشتراط المشتري تأجيل الثمن لمدة معلومة، قال الماوردي: «والقسم الثاني ما كان من مصلحة العقد ومباحاته كاشتراط الرهن، والضمين -أي الكفيل - وتأجيل الثمن، وخيار الثلاث، فهذا وما شاكله لازم بالشرط دون العقد؛ لأن إطلاق العقد لا يقتضيه»[2].

هذا، ولا خلاف بين الفقهاء في صحة هذا النوع من الشروط؛ إذ كل شرط هو من مقتضيات العقد أو ملائم لمقتضياته فإنه شرط صحيح[3]؛ قال ابن قدامة: «والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام: أحدها: ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال، فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكما ولا يؤثر في العقد. الثاني: تتعلق به مصلحة العاقدين كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها، فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به، ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافا»[4].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ٥٧.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٣١٢.

(٣) انظر: الهداية للمرغيناني ٤/ ١٣٩، وبدائع الصنائع للكاساني ٥/ ١٧١، وتبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ٧٧، والبحر الرائق لابن نجيم ٨/ ٢٨٦ ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٤/ ٢٨٦، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢/ ٣١٧، ومنح الجليل لعليش ٥/ ٥٨، والحاوي الكبير للماوردي ٦/ ١٧٩ ونهاية المحتاج للرملي ٣/ ٤٥٩، والإنصاف للمرداوي ٤/ ٣٤٠، والمغني لابن قدامة ٤/ ٢٤٥، والروض المربع للبهوتي ٢/ ٥٩، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢/ ١١٤، وشرح النيل لأطفيش ١٤/ ٢٦٤، والقواعد والفوائد للعاملي ٢/ ٢٥٨.

(٤) المغني ٤/ ١٥٦، ٤/ ٢٤٥.

هذا، ويترتب على صحة الشروط الملائمة لمقتضى العقد، أن العقد يتقيد بموجبها، وأنه يلزم الوفاء بها ممن اشترطت عليه، ويملك الشارط فسخ العقد إذا شاء عند فوات ما شرطه؛ يقول علي حيدر: «البيعُ بشرطٍ يؤيد العقدَ صحيحٌ، والشرط أيضًا معتبر، مثلاً لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئًا معلوما، أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل صحّ البيع، ويكون الشرط معتبرا، حتى إنه إذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد؛ لأن الشرط مؤيِّد للتسليم الذي هو مقتضى العقد، ويسمى هذا الشرط الملائم، ولا يفسد به البيع بل تجب مراعاته، وكما يصح البيع بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد فكذلك يصح بالشرط الذي يؤيد المقتضى، ومن ذلك اشتراط عقد البيع أمام شهود أو تقريره كذلك، وأن يدفع الثمن إنسان آخر، وأن يحال البائع بالثمن على إنسان آخر، فهذا كله من الشروط الملائمة المؤيدة لمقتضى العقد التي يجب مراعاتها، لكن إذا لم يراعها المشتري فلا يجبر على مراعاتها؛ لأن الرهن عقد تبرع فلا يصح الإجبار عليه، وكذلك تقديم المشتري لإنسان معين يدفع عنه أو يكفله أو يقبل الإحالة عليه؛ فإن إجبار المشتري على شيء من ذلك إجبار على ما لا يقدر عليه، وذلك لا يجوز، غير أنه في اشتراط الرهن والكفالة يؤمر المشتري بدفع ثمن المبيع أو قيمة الرهن إذا لم يفِ بما اشترط عليه من ذلك، فإن لم يدفع ثبت الخيار للبائع وله فسخ البيع لفوات وصف مرغوب فيه في الثمن؛ لأن الثمن المضمون بالرهن أوثق من الثمن الذي يكون كذلك، فصار الرهن ههنا من صفات الثمن، ولما كان هذا الوصف مرغوبا فيه فبفواته يثبت الخيار للبائع»[(١)].

ويجدر التنبيه في هذا المقام على أنه مع الاتفاق على صحة الشروط الملائمة لمقتضى العقد فإنه قد يقع الاختلاف في بعض الشروط نتيجة الاختلاف في اعتبارها ملائمة لمقتضيات العقد أو غير ملائمة.

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ١٣٦ -١٣٧.

أدلة القاعدة:

١- قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما»[١] حيث يرشد عموم هذا الحديث إلى صحة ولزوم الوفاء بكل شرط ما دام لا يحلُّ حراما ولا يحرم حلالا، والشروط الملائمة لمقتضيات العقد مشمولة بهذا العموم؛ إذ إنها لا تحلُّ حراما ولا تحرِّم حلالا، وإنما تؤكد على ما أوجبه الشارع.

٢- عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رجل للنبي ﷺ: إني أُخدع في البيوع فقال: «إذا بايعتَ فقل: لا خلابة» فكان الرجل يقوله[٢].

وجه الدلالة في هذا الحديث: أن الرسول ﷺ قد أرشد هذا الرجل إلى أن يشترط عند الشراء عدم الخديعة، بحيث يملك أن يفسخ العقد في حال وقوعها، وهو معنى قوله: «لا خلابة» قال ابن حجر: «والذي يظهر أنه وارد مورد الشرط أي إن ظهر في العقد خداع فهو غير صحيح، كأنه قال: بشرط أن لا يكون فيه خديعة. أو قال: لا تلزمني خديعتك»[٣]، فالتنصيص في العقد على عدم الخديعة من شأنه أن يخدم مصالح العقد ويؤكد على مقتضياته[٤].

---

(١) رواه الترمذي ٣/٦٣٤-٦٣٥(١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٢/٧٨٨ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/ ٢٧ (٩٨)، والبيهقي في السنن الكبرى له ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه بلفظ "على شروطهم"، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علق البخاري قوله "المسلمون عند شروطهم" ٣/٩٢ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٢/٥٧ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما، والحديث مروي عن غيرهم من الصحابة. انظر: التلخيص الحبير ٣/٥٤.

(٢) رواه البخاري ٣/٦٥ (٢١١٧) ومواضع أخر، ومسلم ٣/١١٦٥ (١٥٣٣).

(٣) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ١٢/٣٣٦.

(٤) انظر: سبل السلام للصنعاني ٣/٣٦، ونيل الأوطار للشوكاني ٥/٢٨٨، والسيل الجرار له ٣/٥٩.

تطبيقات القاعدة :

١- لو اشترط البائع على المشتري على أن يرهنه بالثمن شيئًا من ماله يعرفانه أو على أن يحضر كفيلا معينا، فإن الشرط صحيح لأن الرهن والكفالة للاستيثاق، والاستيثاق يلائم العقد، فإن أبى تسليم الرهن، أو أبى الكفيل أن يتحمل فالبائع مخير في فسخ البيع وفي إقامته بلا رهن ولا كفيل[1].

٢- للمشتري أن يشترط صفة في الثمن كتأجيله إلى مدة معينة، أو صفة في المبيع ككون السيارة كاملة الإضافات، أو كون الفرس من نسل عربي أصيل، أو كون الفهد أو الباز صيودا، أو الشاة ذات لبن، فإن هذه شروط صحيحة بلا نزاع، لما فيها من خدمة لمصالح العقد من حيث العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض، فإن لم يوف بها كان لصاحبها الفسخ[2].

٣- إذا اشترط البائع على المشتري أن يحال بالثمن على شخص معيّن صح الشرط؛ لأنه شرط ملائم كشرط جودة المبيع[3].

٤- لو آجر بشرط تعجيل الأجرة، أو شرط على المستأجر أن يعطيه بالأجرة رهنا أو كفيلا جاز إذا كان الرهن معلوما والكفيل حاضرا،

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ١٣٩/٤، وبدائع الصنائع للكاساني ١٧١/٥، وتبيين الحقائق للزيلعي ٧٧/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٨٦/٨ ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٢٨٦/٤، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣١٧/٢، ومنح الجليل لعليش ٥٨/٥، والحاوي الكبير للماوردي ١٧٩/٦ ونهاية المحتاج للرملي ٤٥٩/٣، والإنصاف للمرداوي ٣٤٠/٤، والمغني لابن قدامة ٢٤٥/٤، والروض المربع للبهوتي ٥٩/٢، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ١١٤/٢.

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي ٣٤٠/٤، والروض المربع للبهوتي ٥٩/٢، وشرح الزركشي ١١٤/٢، وحواشي الشرواني ٣٠٥/٤ وأسنى المطالب في شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري ٣٥/٢.

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٤٨/٥.

لأن هذا شرط يلائم العقد وإن كان لا يقتضيه[١].

٥- للمحيل أن يشترط ملاءة المحال عليه في عقد الحوالة، وإذا بان معسرا رجع على المحيل عند الحنابلة لأنه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة؛ فيثبت الفسخ بفواته كما لو اشترط صفة في المبيع، وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع[٢].

٦- يجوز أن يشترط رب المال على العامل في المضاربة أن لا يسافر بالمال، أو أن يسافر به، أو لا يتجر إلا في بلد بعينه، أو نوع بعينه، أو لا يشتري إلا من رجل بعينه، فهذا كله صحيح سواء كان هذا النوع مما يعم وجوده أو لا يعم، والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقل[٣].

٧- إذا شرطت المرأة أو وليها على الزوج أن لا يخرجها من دارها وبلدها، أو لا يسافر بها، أو لا يتزوج عليها، أو لا يفرق بينها وبين أولادها، أو أن ترضع ولدها الصغير، فلها هذا الشرط عند الحنابلة؛ لأنها شروط فيها مصلحة المرأة، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العاقد، كاشتراط الرهن والكفيل في البيع.وتملك المرأة فسخ العقد إن لم يلتزم الزوج بالشرط[٤].

٨- من الشروط الملائمة لمقتضى العقد في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية: اشتراط الإشهاد عليها، وتصديقها من قبل الأطراف التي

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٩٥/٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٣٣٩/٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٤٠/٥، وكشاف القناع للبهوتي٥٠٤/٣، ومطالب أولي النهى للرحيباني ٥٠٩/٣.

(٤) المغني لابن قدامة ٧١/٧، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦٦٥/٢، ومطالب أولي النهى للرحيباني ١٢١/٥.

يعطيها القانون حق مراجعة ما تم الاتفاق عليه، ذلك أن هذه الشروط تزيد من توثيق المعاهدة ولزوم الوفاء بمضامينها[١].

د. عبد الرحمن الكيلاني

* * *

(١) انظر: أحكام المعاهدات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة لاسماعيل كاظم العيساوي ص ١١٥-١٢١، دار عمار، ط١، الأردن، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.

رقم القاعدة: ٩٣٥

نص القاعدة: مَا جَازَ تَعْلِيقُه بالشَّرْطِ لا تُبْطِلُه الشُّرُوطُ الفَاسِدَة[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة[٢].

٢- ما لا تبطله الشروط يجوز أن يتعلق بالشرط[٣].

٣- ما جاز تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، وما لا فلا[٥]. (أصل).

---

(١) جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ٢/٢، ومعين الحكام للطرابلسي ١٥٥/١.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ١٨٦/٧.

(٣) التجريد للقدوري ٢٧٤٢/٦.

(٤) حاشية ابن عابدين ٢٤٦/٥.

(٥) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤ ومجمع الأنهر لشيخي زاده ١٥٦/٣، وحاشية ابن عابدين ٢٤٤/٥ و٢٤٩.

٢- لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضى العقد[١]. (مكملة).

٣- ما كان من مصلحة العقد جاز اشتراطه فيه[٢]. (مكملة).

٤- كل ما يقتضيه العقد يجوز شرطه[٣]. (مكملة).

٥- المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط[٤]. (مكملة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد التي قررها الحنفية، وهي تكشف عن جملة من العقود والتصرفات التي لا تفسد عندهم باقتران الشروط الفاسدة بها.

والشرط الفاسد عند الحنفية هو كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولم يرد به نصّ، ولم يجر به العرف، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق[٥].

فمن قال لآخر: أبيعك بيتي بشرط أن أسكنه مدة سنة، فهذا شرط فاسد عند الحنفية لأنه يتضمن مصلحة للبائع لا يقتضيها العقد ولا تلائم مقتضاه، ولم يرد بمشروعيتها نصّ، ولم يجر بها العرف[٦]، وإذا قال الرجل لزوجته: خالعتك

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣/٥. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كل شرط يخالف مقصود العقد فهو باطل".

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٧٩/٦.

(٣) منح الجليل لعليش ٣٤٠/٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٨١/١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٥٢/٢، وبدائع الصنائع للكاساني ١٩٤/٤، ١٩٥، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٩٢/٦ و١٩٥ حاشية ابن عابدين ٨٥/٥.

(٦) انظر: العديد من الأمثلة للشروط الفاسدة في قاعدة: "كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد" في قسم القواعد الفقهية.

على أن يكون لي الخيار مدة ثلاثة أيام، فهذا شرط فاسد لأنه ليس من مقتضيات المخالعة، ولا يلائم مقتضاها، كما أنه لم يرد به النص، ولم يجر به العرف[١].

ويسمي الفقهاء الشرط الذي يقترن بالتصرف ويتضمن التزاما زائدا لأحد الأطراف تجاه الآخر سواء أكان صحيحا أو فاسدا:الشرط المقيِّد، والتصرف المقترن به تصرفا مقيدا بالشرط.

أما التعليق على شرط فمعناه ربط حصول التصرف بحصول أمر آخر بإحدى أدوات الشرط، وهو عكس التصرف المنجّز الذي يكون فيه التصرف ناجزًا ساري الحكم منذ لحظة صدوره[٢].

مثال ذلك: أن يقول شخص لآخر:إن سافر مدينك فأنا كفيل بما لكَ من المال، فعقد الكفالة هنا معلق انعقاده على سفر المدين. أو أن يقول: بعتك داري هذه بكذا إن باعني فلان داره، فعقد البيع هنا معلق انعقاده على بيع الآخر لداره.

ويسمي الفقهاء التصرف المشتمل على هذا النوع من الشروط التصرف المعلق على شرط. والفرق بين التقييد بالشرط وبين التعليق على الشرط، أن الشرط المقيِّد لا عمل له في أصل التصرف، بل يوجد التصرف معه، وإنما يعمل في أثره وحكمه الذي يترتب عليه فيقيده بعد أن كان مطلقا.

أما تعليق التصرف على شرط، فإنه لا عمل للشرط المعلق عليه في أثر التصرف، وإنما يعمل في أصل التصرف فيؤخر انعقاده إلى حين وجود الشرط

---

(١) انظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١٥٨/٣.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢/٤، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٥٦/٢، وحاشية ابن عابدين ٢٤١/٣، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٩٨/١٢، والمدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا ٥٧٣/١.

المعلق عليه، فإذا ما تحقق الشرط وجد التصرف حينئذ[١]، قال الزركشي: «التعليق ما دخل على أصل الفعل بأداته كإن وإذا، والشرط – أي التقييد بالشرط –ما جزم فيه بالأصل، وشرط فيه أمر آخر»[٢].

وقاعدة: «ما جاز تعليقه بالشرط لا تفسده الشروط الفاسدة» تربط بين التقييد بالشرط والتعليق على شرط، وتبيِّن أن كل تصرف يقبل التعليق على شرط غير موجود، فإنه لا يفسُد إذا اقترن به شرط فاسد، وإنما يبطل الشرط وحده ويعتبر لغواً.

وإن شرح القاعدة وبيانها يستدعي تعيين التصرفات التي تقبل التعليق على شرط، حتى تتضح بها التصرفات التي لا تفسد باقتران الشروط الفاسدة بها.

يبين الحنفية أن التصرفات القولية الإنشائية تختلف من حيث طبيعتها وقابليتها للتعليق على شرط وأنها تنقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام[٣]:

أ- ما لا يقبل التعليق على الشرط مطلقا وهي تشمل:

جميع العقود التي تفيد التمليك مثل: عقود المعاوضات المالية كالبيع، والإجارة، والقسمة، والصلح عن مال بمال. والمعاوضات غير المالية:كالزواج. وعقود التبرعات: كالصدقة والهبة والإبراء عن الدين[٤]. كما تشمل التصرفات التي يكون فيها تقييد للآخرين مثل:عزل الوكيل، والحجر على المأذون له بالتجارة، والرجعة.

---

(١) انظر: نظرية الشروط المقترنة بالعقد لزكي الدين شعبان ص ٣٣.

(٢) المنثور في القواعد للزركشي ١/ ٣٧٠.

(٣) انظر هذا في: جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ٢/ ٢، وتبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٣١، والبحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٢٠٠، وحاشية ابن عابدين ٥/ ٢٤١ وما بعدها، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٣/ ١٥٦، وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص ٤١٥.

(٤) واستثنوا الوصية حيث يجوز تعليقها على الشرط.

ب- تصرفات تقبل التعليق على الشرط الملائم فقط مثل: الإطلاقات: كالوكالة، والإذن بالتجارة للصغير المميز. والولايات: كتعيين الحكام والعمال وسائر الموظفين من فروع السلطة الإدارية. والالتزامات: كالكفالة والحوالة.

والمقصود بملاءمة الشرط للتصرف أي أن يكون بينه وبين الشرط المعلق عليه مناسبة تستدعي ترتيبه عليه؛كأن يقول:إذا وصلت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك ببيعها، أو إذا سافر مدينك فأنا كفيله، فإنه يصح التعليق ويصبح المخاطب وكيلا والقائل كفيلا عند تحقق الشرط المعلق عليه، من وصول البضاعة أو سفر المدين.

أما إذا كان الشرط غير ملائم للتصرف كأن يقول:إن هبت الريح، أو نزل المطر، فأنت وكيلي، فإنه لا يصح التعليق.

ج- تصرفات يصح تعليقها بكل شرط سواء كان ملائما أم غير ملائم: وذلك يشمل الإسقاطات المحضة: كالطلاق، والإعتاق، وإسقاط الشفعة. وعقد الوصية والإيصاء.

هذا، والقاعدة التي نحن بصددها تظهر أن التصرفات التي تقبل التعليق على الشرط مطلقًا، كالإسقاطات، أو تقبل التعليق على الشرط الملائم، كالإطلاقات والالتزامات، لا تفسد إذا اقترن بها شرط فاسد وإنما يسقط الشرط وحده؛ فمن قال لآخر مثلاً: أنا كفيلك بالدين في مقابل أن تعطيني مائة دينار، فإن هذا شرط فاسد، لكنه لا يفسد العقد، لأن الكفالة من العقود التي تقبل التعليق بالشرط الملائم، وعليه فإن العقد يصحّ والشرط يكون لغوًا.

وسبب عدم تأثر التصرف الذي يجوز تعليقه بالشرط الفاسد هو: أن مجرد قابليته للتعليق على الشرط يعني بالضرورة أنه خارج قطعًا من زمرة المعاوضات المالية، لأن جميع المعاوضات المالية لا تقبل التعليق على شرط غير متحقق كما تقدم آنفا، وخروج التصرف من زمرة المعاوضات المالية يجعله غير متأثر

بالشروط الفاسدة؛ إذ إن من المقرر عند الحنفية أن التصرفات التي ليس فيها مبادلة مال بمال لا تفسد بالشروط الفاسدة، وهذا ما تم بيانه تفصيلاً في القاعدة: «كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، وما لا، فلا»[١].

وعلى هذا فإن قابلية التصرف للتعليق على الشرط هي علامة وأمارة على أن التصرف ليس فيه معاوضة مال بمال، وكل ما كان من هذا القبيل فلا يفسد بالشروط الفاسدة عند الحنفية.

وبهذا يظهر أن قاعدة: «كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، وما لا، فلا»[٢] هي الأصل الذي تفرعت عنه قاعدة «كل ما جاز تعليقه بالشرط لا تفسده الشروط الفاسدة»[٣] وقد نبّه الزيلعي إلى هذا التلازم بين عقود المبادلات المالية وبين ما لا يصح تعليقه على الشرط، وذلك بقوله: «ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط: البيع والقسمة والإجارة والإجازة والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والإقرار والوقف والتحكيم، والأصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لما روي أنه عليه السلام «نهى عن بيع وشرط»[٤]، وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة»[٥].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ١٥٦/٣، و حاشية ابن عابدين ٢٤٤/٥ و٢٤٩.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ١٥٦/٣، وحاشية ابن عابدين ٢٤٤/٥ و٢٤٩. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) منحة الخالق لابن عابدين ٢٠٨/٦.

(٤) رواه الطبراني في الأوسط ٢٣٥/٤، وأبو حنيفة في مسنده ١٦٠/١ كلاهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٥) تبيين الحقائق ١٣١/٤.

على أنه يجدر التنبيه إلى أن هذه القاعدة لا يعمل بمفهومها المخالف: أي أن التصرف إذا كان مما لا يجوز تعليقه على شرط غير موجود، فهذا لا يعني بالضرورة أن يفسد باقترانه بالشرط الفاسد؛ فعقد النكاح مثلاً لا يجوز تعليقه على شرط غير موجود، وهو لا يفسد عند الحنفية باقترانه بالشروط الفاسدة، وإنما يسقط الشرط وحده، لأن العقد ليس فيه مبادلة مال بمال، وقد أشار ابن عابدين إلى هذا المعنى حين بيّن أن العقد إذا كان لا يقبل التعليق على شرط فإنه لا يفسد إذا لم تكن فيه مبادلة مال بمال، قال ابن عابدين: «.. الذي تحصل من هذين الأصلين أن ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد ويبطل تعليقه أيضًا لدخوله في التمليكات؛ لأنها أعم وما ليس مبادلة مال بمال: إن كان من التمليكات أو التقييدات يبطل تعليقه بالشرط فقط- أي أنه لا يفسد بالشرط-، وإن لم يكن منهما فإن كان من الإسقاطات والالتزامات التي يحلف بها يصحّ تعليقه بالملائم وغيره، وإن كان من الإطلاقات والولايات والتحريضات يصح بالملائم فقط»[1].

ولعله من المفيد في هذا المقام أن ننقل ما أحصاه بعض فقهاء الحنفية من التصرفات التي تفسد بالشروط الفاسدة، والتصرفات التي لا تفسد بالشروط الفاسدة، قال ابن الهمام: «وفي الخلاصة التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر: البيع، والقسمة، والإجارة، والإجازة، والرجعة، والصلح عن مال، والإبراء عن الدين، وعزل الوكيل- في رواية شرح الطحاوي - وتعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط، والمزارعة، والمعاملة، والإقرار، والوقف في رواية.

وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون: الطلاق، والخلع ولو بغير مال، والعتق بمال وبلا مال، والرهن، والقرض، والهبة، والصدقة،

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٤٠.

والوصاية، والشركة، والمضاربه، والقضاء، والإمارة، والتحكيم بين اثنين عند محمد خلافا لأبي يوسف، والكفالة، والحوالة، والوكالة، والإقالة، والنسب، والكتابة، وإذن العبد، ودعوة الولد، والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالا ومؤجلا، وجناية الغصب، والوديعة، والعارية إذا ضمنها رجل وشرط فيها أو حوالة كفالة، وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط، وعزل القاضي، والنكاح لا يصح تعليقه ولا إضافته لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط، وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط، وكذا الهبة، والصدقة، والكفالة بالشرط المتعارف تصح هي والشرط وبغير المتعارف يبطل وتصح الكفاله»[1].

والملاحظ في جميع التصرفات التي لا تفسد باقترانها بالشروط الفاسدة أنها إما من قبيل المعاوضات غير المالية، أو من التبرعات، أو من الإسقاطات، أو الإطلاقات، وهي في كثير منها تقبل التعليق على الشرط على وفق التفصيل الذي تقدم آنفا.

هذا، ونشير في هذا السياق إلى أن للفقهاء من غير الحنفية معاييرهم الخاصة في ضوابط الشروط التي تفسد التصرفات، ثم في أنواع التصرفات التي تتأثر بفساد الشروط، إذ إن لكل مذهب نظرته المستقلة في هذا الموضوع، وهم في ذلك قد يتوافقون مع الحنفية في بعض الحالات والصور والتطبيقات، ويخالفونهم في صور وتطبيقات أخرى، وتفصيل ذلك يعرف في مواطنه الخاصة من الكتب الفقهية، وقد تمت الإشارة إلى هذا المعنى في شرح قاعدة: «كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، ومَا لا، فلا»[2].

---

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٤٧/٦، وانظر أيضًا: جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ٢/٢، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٠٤.

(٢) للتوسع في هذا الموضوع انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠٠/٤ وما بعدها، ونظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون لزكي الدين شعبان دار النهضة العربية ط١، ١٩٦٨م ص ١٠٢-=

أدلة القاعدة :

دليلها قاعدة: «كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، ومَا لا، فلا»[١] وأدلتها؛ لأنها أصل للقاعدة التي بين أيدينا؛ لأن ما كان فيه مبادلة مال بمال لا يصح تعليقه على شرط، وكل ما لم يكن فيه مبادلة مال بمال لا تبطله الشروط الفاسدة[٢].

تطبيقات القاعدة :

١- إن قال: طلقتك على أن لا تتزوجي غيري، فإن الشرط يعتبر لغوا؛ لأنه فاسد، والطلاق يقع[٣].

٢- إن قال الزوج: خالعتك على أن يكون لي الخيار مدةً سماها، وقع الطلاق ووجب المال، ولا يلتفت إلى الشرط؛ لأنه فاسد[٤].

٣- إذا قال: أوصيت إليك على شرط أن تتزوج ابنتي، فإن الشرط لا يعتبر، والإيصاء يكون صحيحا؛ لأنه يقبل التعليق على شرط[٥].

= ١٣٠، وانظر أيضًا: مقدمات ابن رشد الجد ٣٧٦/١، والذخيرة للقرافي ٩٨/٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٥/٣، ومنح الجليل لعليش ٥٨/٥، والمجموع للنووي ٣٤٦/٩، والحاوي للماوردي ٣١٢/٥، ومغني المحتاج للشربيني ٣٤/٢، والإنصاف للمرداوي ٣٥٤/٤، والمغني لابن قدامة ١٥٦/٤، المحلى لابن حزم ٤١٢/٨، وشرح النيل لأطفيش ١٣٩/٨، والبحر الزخار لأحمد المرتضى ٣٤٣/٤، والروضة البهية للعاملي ٥٠٠/٣.

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤ ومجمع الأنهر لشيخي زاده ١٥٦/٣، وحاشية ابن عابدين ٢٤٤/٥، ٢٤٩.

(٢) انظر تقرير ذلك في: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٢٠٤/٦، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده ١٥٨/٣، وحاشية ابن عابدين ٢٥٠/٥.

(٤) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١٥٨/٣.

(٥) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١٥٨/٣.

٤- إذا قال الخليفة: وليتك قضاء مكة مثلاً على أن لا تعزل أبدا، فإن ولاية القضاء تنعقد والشرط لا قيمة له؛ لأنه شرط فاسد وهو لا يؤثر على القضاء؛ لأنه يقبل التعليق على شرط[1].

٥- إن قال: كفلت غريمك إن أقرضتني كذا، فإن هذا الشرط فاسد وهو لا يفسد عقد الكفالة؛ لأنها تقبل التعليق على الشرط الملائم[2].

٦- إن قال: أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع علي عند ضياع حقك، فهذا الشرط فاسد وهو لا يفسد عقد الحوالة؛ لأنها تقبل التعليق على الشرط الملائم[3].

٧- إذا فتح الإمام بلدة وأقرّ أهلها على أملاكهم وشرطوا معه في عقد الذمة أن لا يعطوا الجزية فالعقد صحيح والشرط لا يبطله؛ لأنه فاسد[4].

د. عبد الرحمن الكيلاني

* * *

(١) البحر الرائق ٦/٢٠٥، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣/١٥٩.
(٢) البحر الرائق ٦/٢٠٥، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣/١٥٩.
(٣) البحر الرائق ٦/٢٠٥، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣/١٥٩.
(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٢٥٣.

رقم القاعدة: ٩٣٦

نص القاعدة: كُلُّ مَا لَا يَصِحُّ مِن الْعُقُودِ إِلَّا بِالْقَبْضِ لَمْ يُفْسِدْهُ الشَّرْطُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده[٢].

٢- ما تقف صحته على القبض لا يبطل بالشرط الفاسد ما أمكن[٣].

٣- كل عقد لا يتم بالقول لا يبطله الشرط[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان[٥]. (أصل مقيد بالقاعدة).

---

(١) مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٦/٨.

(٢) الجوهرة النيرة للحدادي ١/٣٣١، الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ٤/٣٩٦.

(٣) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/٥٤.

(٤) التجريد للقدوري ٦/٣٠٥٨.

(٥) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ١/٤١٨، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "المسلمون عند شروطهم".

٢- كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد وما لا فلا[١]. (أعم).

٣- كل عقد من بيع أو غيره، عقد على شرط باطل باطل[٢]. (مخالفة).

٤- لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضى العقد[٣] . (مبينة).

٥- مَا جَازَ تعليقُه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة[٤]. (اشتراك في المعنى).

٦- التبرعات لا تبطل بالشروط الفاسدة[٥]. (أخص).

شرح القاعدة:

معنى هذه القاعدة أن كل عقد يشترط في صحته القبض إذا اقترن بشرط لم يؤثر في صحته بل يلغو الشرط ويمضي العقد. ومتعلق القاعدة الشرط غير الصحيح الذي يخالف أحكام العقد ومقتضاه كما تصرح به صيغتها الأخرى: «ما تقف صحته على القبض لا يبطل بالشرط الفاسد ما أمكن».

والمراد بصحة العقود بالقبض في القاعدة ما قابل ما يصح منها بالقول؛ وهذا هو معنى الصيغة الأخرى للقاعدة: «كل عقد لا يتم إلا بالقول لا يبطله الشـــرط». يقول الجصاص، في بيان وجه ذلك، نقلاً عن الإمام الطحاوي: «... قال أبو جعفر: كل ما لا يصح من العقود إلا بالقبض لم يفسده الشرط كالعمرى والهبات والصدقات كذلك الشركة إذا لم تصح بالقول دون إحضار

---

(١) الدر المختار للحصكفي ٥/ ٢٤٠-٢٤١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المحلى لابن حزم ٧/ ٣٢٠، وانظر قاعدة: "المبني على الفاسد فاسد"، في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المغني لابن قدامة ٥/ ٣٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) البناية للعيني ٥/ ٣٠٨.

المال والقبض وجب أن لا يفسدها الشرط»[١].

وهذه العقود هي المعروفة عند الحنفية بالعقود الموقوف تمامها على القبض. إذ الصحة فيها أخص من الصحة الاصطلاحية فالمراد بها لزوم العقد وتمامه. وهذا المعنى هو الذي تعبر عنه، بالنسبة لعقد الهبة، المادة (٨٣٧) من مجلة الأحكام الفقهية: «تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض الكامل»[٢].

وقد حاول علي حيدر حصرها بالعد في شرحه لمجلة الأحكام، وأحصى منها اثني عشر عقدا، غير أنه ذكر صورتين متعلقتين بعقد واحد، هو: السلم[٣].

وهذه القاعدة متفرعة عن قاعدة: «كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد، ومَا لا، فلا»[٤]. وبيان ذلك أن تلك قاعدة - كما هو مبين في صياغتها - وضعها الحنفية للتعبير عن مذهبهم في تأثير الشروط في العقود إذا اقترنت بها. وهي ذات شقين، أحدهما خاص بالعقود التي إذا دخل عليها شرط فاسد ألغي الشرط وصحت. ومتعلقات قاعدتنا أخص من هذا الشق لأنها جارية في نوع من هذه العقود، هو ما لا يصح إلا بالقبض.

---

(١) مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٦/٨.

(٢) شرح المجلة لليم رستم باز ص٤٦٢.

(٣) هي: (١) الهبة (٢) الصدقة (٣) الرهن (٤) العمرى (٥) النحلة (٦) الصلح (بعض أقسامه) (٧) رأس مال السلم (٨) إذا ظهر بعض رأس مال السلم زيوفا قبض بدله بذلك المجلس (٩) الصرف (١٠) البيع بالكيل: إذا بيع بكيل من جنس آخر قبض بدله بذلك المجلس (١١) البيع بالوزن: فإذا بيع بوزن من جنس آخر قبض بدله بمجلس البيع (١٢) البيع الفاسد. انظر: درر الحكام، شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٣٥٠.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣١،البناية للعيني ٩/٢٥٨، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣/١٥٦، حاشية ابن عابدين ٥/٢٤٤ و٢٤٩، منحة الخالق لابن عابدين ٦/١٣٥، ١٩٤، حاشية الطحطاوي ٣/١٣١، ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/١٠٤٢.

وقد وقع الاستدلال بها في كتب متقدمي أئمة الحنفية حيث عزاها الإمام الجصاص في نصه السابق ل أبي جعفر الطحاوي في معرض الاحتجاج لمذهب الحنفية في بطلان شرط الفضل في الوضيعة في الشركة.

ثم إن الجصاص أوردها كذلك في كتابه (أحكام القرآن) واستدل لها بإبطال النبي ﷺ شرط استحقاق ملك الرهن بمضي الأجل وعممها على ما هو مبين في أدلتها.

والذي يظهر أنه لم يصرح بإعمال القاعدة التي بين أيدينا من أصحاب المذاهب الفقهية إلا الحنفية - شأنها في ذلك شأن أمها المتفرعة عنها- ومع ذلك فإنه لم يخل مذهب فقهي من ترجيح إجرائها في بعض العقود أو من قول جار على بعض متعلقاتها. ومن أمثلة ذلك:

- إجراء الحنابلة لها في الهبة على المذهب عندهم: يقول المرداوي في بيان حكم دخول الشرط المنافي لمقتضى الهبة عليها: «هذا الشرط باطل بلا نزاع، لكن هل تصح الهبة أم لا؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع على ما تقدم، والصحيح من المذهب الصحة»[١]. وكذا في الشرط الداخل على الرهن[٢].

- والشافعية في الهبة كذلك على قول وألحقوا بالهبة الوقف؛ يقول النووي: «(من) قال جعلت هذه الدار لك عمري أو حياتي فوجهان... وأصحهما البطلان لخروجه عن اللفظ المعتاد ولما فيه من تأقيت الملك.... وخرج من تصحيح العقد وإلغاء الشرط في هذه الصورة وجه أن الشرط الفاسد لا يفسد الهبة وطرد ذلك في الوقف»[٣].

---

(١) الإنصاف للمرداوي ١٠١/٧.

(٢) مطالب أولي النهى للرحيباني ٢٧٩/٣.

(٣) روضة الطالبين للنووي ٣٧١/٥.

- والمالكية في الهبة على قول كذلك وخرجوا الهبة على مذهب الإمام مالك في اشتراط المحبِّس ترميم الدار المحبَّسة؛ يقول ابن رشد الجد: «هذه مسألة يحصل فيها خمسة أقوال: (يعني: إذا تصدق الرجل بصدقة أو وهب له الهبة، على ألا يبيع ولا يهب)... والقول الثالث إن الشرط باطل، والهبة جائزة، وهذا القول يأتي على ما في المدونة من أن الرجل إذا حبس الدار على رجل وولده، وشرط أن ما احتاجت الدار إليه من مرمة رمها المحبس عليهم أن الدار تكون حبسًا على ما جعلها عليه، ولا يلزمهم ما شرط عليهم من مرمتها وتكون رمتها من غلتها»[١]. وأجروها في بعض مسائل الوقف كذلك[٢].

ومن التطبيقات الخاصة لهذه القاعدة استدلال الحنفية بها من جهة النظر لقولهم بصحة العمرى[٣]، وأبو يوسف خاصة لإجازته الرقبى[٤]؛ فقالوا في العمرى: هي جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده، لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

وقال أبو يوسف في الرقبى: جائزة؛ لأن قوله: داري لك. تمليك، وقوله: رقبى. شرط فاسد، جريا على القاعدة[٥].

ووافق الحنفيةَ في حكم العمرى الشافعيُّ وأبو حنيفة والثوري وأحمد

---

(١) البيان والتحصيل لابن رشد الجد ١٣/ ٤٤٠-٤٤١.

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/ ٨٩، ٩٠.

(٣) وصورتها أن يجعل المعمر داره للمعمر له مدة عمره وإذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط، الهداية شرح البداية للمرغيناني ٣/ ٢٣٠.

(٤) وصورتها أن يقول الرجل لغيره: داري لك رقبى أي إن مت أنا قبلك فهي لك وإن مت أنت قبلي فهي لي، انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ١١٧، فهي من الترقيب، إذ كل منهما يترقب موت صاحبه. أو من الرقبة أي جعلت هذه الرقبة رقبى لك. البحر الزخار لأحمد بن المرتضى ٥/ ١٤٥.

(٥) وخالفه في ذلك أبو يوسف ومحمد، انظر: الهداية شرح البداية للمرغيناني ٣/ ٢٣٠.

وجماعة[١]، كما وافقوا أبا يوسف في مذهبه في الرقبى[٢].

ومجال تطبيق هذه القاعدة - كما هو صريح لفظها - يشمل قسم العقود من فقه المعاملات.

أدلة القاعدة :

حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يَغْلَق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه»[٣]. ووجه الاستدلال بهذا الحديث ما ذكره الجصاص وهو أن معنى لا يغلق الرهن أي لا يستحقه المرتهن بمضي الأجل. يقول الجصاص: «وإبطال النبي ﷺ شرط استحقاق ملكه بمضي الأجل قد حوى معاني منها أن الرهن لا تفسده الشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويجوز هو لإبطال النبي ﷺ شرطهم وإجازته الرهن ومنها أن الرهن لما كان شرط صحته القبض كالهبة والصدقة ثم لم تفسده الشروط وجب أن يكون كذلك حكم ما لا يصح إلا بالقبض من الهبات والصدقات في أن الشروط لا تفسدها لاجتماعها في كون القبض شرطا لصحتها»[٤].

تطبيقات القاعدة :

١- من وهب لرجل دابة واشترط عليه أن لا يبيعها أو أن يتخذها للركوب أو يردها عليه بعد شهر فالهبة جائزة، وهذه الشروط باطلة؛ لأن

---

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/٣٣١.

(٢) الموسوعة الكويتية ٢٣/٦.

(٣) رواه ابن ماجه ٢/٨١٦ (٢٤٤١) عن أبي هريرة رضي الله عنه. ورواه الإمام مالك في الموطأ ٢/٧٢٨ (١٣) عن سعيد بن المسيب مرسلا، ورواه الحاكم ٢/٥٨ – ٦٠ (٢٣١٥ - ٢٣٢١)، والدارقطني ٣/٤٣٧ - ٤٣٩ (٢٩١٩ - ٢٩٢٧)، وابن حبان ١٣/٢٥٨ (٥٩٣٤).

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٦٧.

العقد لا يقتضيها والأصل في هذا أن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده[(١)].

٢- من قال للموهوب له: أعطيتك هذه الدار ما دمتَ حيا على أن تُرَدَّ لي بعد وفاتك. فالتمليك الواقع على هذا الوجه جائز، ولو توفي الموهوب له لم ترد للواهب ولا لورثته إن توفي الواهب قبل الموهوب له بل تصبح إرثا لورثة الموهوب له. فيكون التمليك صحيحا والشرط باطلا، لأن الهبة من العقود التي لا تبطل بالشروط الفاسدة. والأصل في هذا أن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده[(٢)].

٣- إذا قال مالك أرض لشخص: هذه الأرض رقبى، فهي لك إن متُّ قبلك، وإن متَّ قبلي عادت إليّ. فالهبة صحيحة؛ لأن قوله: أرضي لك. تمليك، وقوله: رقبى. شرط فاسد[(٣)]. وكل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده.

٤- لو شرط الراهن ألا يستوفى الدين من ثمن الرهن لم يصح الشرط لمنافاته الرهن ولا يفسد عقد الرهن بذلك بل يفسد الشرط فقط[(٤)]. لأن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده.

٥- من وهب حيوانا واستثنى ما في بطنه فالهبة جائزة في الأم والولد

---

(١) انظر: الجوهرة النيرة للحدادي ٣/٢٨٢.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٤٢٦، كشاف القناع للبهوتي ٤/٣٠٨، نهاية المحتاج للرملي ٥/٤١٠، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٢/١٠٢-١٠٣.

(٣) عند أبي يوسف خلافا لأبي حنيفة ولمحمد، انظر: الجوهرة النيرة للحدادي ١/٢٣١.

(٤) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٢٧٩.

جميعًا، والاستثناء باطل، والكل للموهوب له[١]؛ لأن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده.

٦- لو شرط الواقف إصلاح الوقف على مستحقه ألغي الشرط والوقف صحيح ويصلح من غلته[٢]؛ لأن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده.

٧- لو كان الموقوف حيوانا يحتاج لنفقة وشرط الواقف عدم البدء بالنفقة عليه فيبطل شرطه وينفق عليه من غلته[٣]؛ لأن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده.

٨- لو صرح الواقف بأن للناظر فعل ما يهواه مطلقا أو ما يراه مطلقا في الوقف، فشرط باطل على الصحيح المشهور لمخالفته الشرع، وعلى الناظر التثبت والتحري، فيعمل بما يظهر له أنه مصلحة[٤]؛ لأن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده.

٩- لو شرط المضارب ورب المال في العقد أن تكون الوضيعة عليهما بطل الشرط، والمضاربة صحيحة؛ لأن الوضيعة جزء هالك من المال، فلا يكون إلا على رب المال، لكنه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يفسد المضاربة، لأنها عقد تقف صحته على القبض، فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع إلى المعقود عليه[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١١٨.

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٤/٨٩.

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير ٤/٩٠.

(٤) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٦١ – ٢٦٢.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٨٦، ومن تطبيقاتها في القراض على قول: من دفع مالاً قراضا=

١٠- من دفع ألفا مضاربة لشخص على أن الربح بينهما نصفين، على أن يدفع إليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو دارا ليسكنها سنة، فالشرط باطل والمضاربة صحيحة؛ لأنه ألحق بها شرطا فاسدا لا تقتضيه، فبطل الشرط[1]. وكل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده.

بدي أحمد سالم

* * *

= لشخص وشرط أن يأخذ له بضاعة قيل: لا يصح، لأن العامل في القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه أجرة وقيل: يصح القراض ويبطل الشرط، ولو قيل بصحتهما، كان حسنا. انظر: شرائع الإسلام للحلي ١١٧/٢ فالقول الثاني جار على القاعدة.

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٨٦/٦.

رقم القاعدة: ٩٣٧

نص القاعدة: قَدْ يَثْبُتُ بالشَّرْطِ ما لا يَثْبُتُ بِإطْلاَقِ العَقْدِ[١].

قواعد ذات علاقة :

١- المسلمون عند شروطهم[٢]. (أعم، دليل).

٢- بمطلق العقد يستحق المعقود عليه بصفة السلامة ولا يستحق صفة الجودة إلا بالشرط[٣]. (أخص).

٣- خيار الشرط لا يثبت بمقتضى العقد وإنما يثبت بالشرط[٤]. (أخص).

٤- مطلق العقد يتقيد بالمتعارف[٥]. (متكاملة).

٥- الصفة قائمة مقام الشرط[٦]. (متكاملة).

---

(١) التجريد للقدوري ٣٥٨٣/٧، المغني لابن قدامة ٦٢/٧.

(٢) رواه البخاري ٩٢/٣ تعليقًا، انظر: تغليق التعليق لابن حجر العسقلاني ٢٨١/٣-٢٨٢، وفتح الباري له ٥٢٨/٤، وأبو داود ٢١٦/٤-٢١٧ (٣٥٨٩) عن أبي هريرة. بلفظ (على) بدل (عند)، والترمذي ٦٣٤/٣-٣٥ (١٣٥٢) عن عمرو بن عوف المزني بلفظ (على)، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط للسرخسي ٣٨/٢٣. وفي لفظ آخر في المصدر نفسه: "صفة الجودة تستحق بالشرط" ١٥٢/٢٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "مطلق العقد يقتضي وصف السلامة".

(٤) التلقين للقاضي عبد الوهاب البغدادي ٤٣/٢.

(٥) المبسوط ٣٨/٢٣.

(٦) الذخيرة للقرافي ١٠٠/٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح القاعدة:

المراد بإطلاق العقد: أي كونه خاليًا عن الشروط والقيود.

هذه القاعدة من أهم قواعد العقود، وأكثرها تأثيرًا في حياة الناس ومعاملاتهم اليومية. ومعناها: أن الشرط قد يغير مقتضى إطلاق العقد، سواء أكان من عقود المعاوضات – وهو الأكثر – أو كان من عقود التبرعات، فيوجب في العقد ما لا يجب بمطلق العقد الخالي عن هذا الشرط، فإن فات الشرط كان صاحبه بالخيار بين إمضاء العقد أو فسخه؛ «لأن فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب في إثبات الخيار»[1]. وسواء أكان الشرط مصرحًا به، أو كان مشروطًا معنىً، بأن يذكر المعقود عليه بصفته، كأن يتعاقدا على ثوب مصري – مثلاً –، فكونه مصريًّا شرط بمثابة شرط مصرح به؛ لما تقرر شرعًا من أن «الصفة قائمة مقام الشرط».

ولا شك أن الشروط في العقود إنما شرعت لتثبت لأحد المتعاقدين أمورًا لا تثبت بالعقد إذا أطلق عنها. وهذا أمر بديهي معقول؛ لأن المشترط لا يشترط شرطًا إلا إذا كان هذا الشرط يفيد فائدة لا يفيدها العقد المطلق عنه. أو يريد تأكيدَ ما يمكن أن يثبت بالعقد المطلق قطعًا للمنازعة[2].

وقد صُدِّرت القاعدة بحرف «قد» للتنبيه على أنه ليس كل شرط يثبت به ما لا يثبت بمطلق العقد؛ لأن من الشروط ما يكون باطلاً لا يعتد به شرعًا، أو لا يكون له أثر في حكم العقد وحقيقته كالشرط السابق أو اللاحق للعقد غير مقارن له – عند من لا يصحح من الشروط إلا ما كان موجودًا في صلب العقد - كما أن الشرط قد يكون مؤكدًا لمقتضى إطلاق العقد، ولا يكون فيه ثبوت شيء

---

(١) المبسوط ١٥/٩٣.

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٧/٥١.

زائد على ذلك. فالشروط أقسام، والمراد بها في هذه القاعدة قسم واحد من أقسام الشروط، وهو «ما كان من مصلحة العقد ومباحاته كاشتراط الرهن والضمين وتأجيل الثمن وخيار الثلاث، فهذا وما شاكله لازم بالشرط دون العقد: لأن إطلاق العقد لا يقتضيه واشتراطه في العقد لا ينافيه»[١].

وهذه القاعدة أخص من قاعدة «المسلمون عند شروطهم» التي يعبر عنها الفقهاء أيضًا بقولهم: «يثبت بالشرط ما لا يثبت بالشرع»[٢]؛ لأنها تعم العقود وغيرها، فقد خرَّج عليها الفقهاء –مثلاً– وجوب الوفاء بالنذر[٣]، وبعض مسائل الطلاق[٤]، وقالوا: يجب الوفاء بما شرطه الكافر المبارز على قِرْنه المسلم عند طلب المبارزة أو الخروج إليها - في الجملة[٥]، وأن الأسير المسلم إن أطلق بشرط أن يقيم في دار الحرب مدة معينة، ورضي بالشرط لزمه الوفاء، وليس له أن يهرب، وكذلك إن أطلق بشرط أن يرجع إليهم لزمه الوفاء، إن كان قادرا على إظهار دينه إلا المرأة فلا يحل لها الرجوع[٦]، فمثل هذه المسائل لا تدخل في القاعدة التي بين أيدينا.

أضف إلى ذلك أن تلك القاعدة منصبة على وجوب الوفاء بالشرط الجائز، وهذه تفيد أن الشرط يغير مقتضى العقد من الإطلاق إلى التقييد.

وهذه القاعدة تتلاقى مع قاعدة: «مطلق العقد يتقيد بدلالة العرف»، من حيث أن كلا منهما تقيد إطلاق العقد.

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٣١٢/٥.
(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٣٠/٢.
(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٩٠/٥، أحكام القرآن للجصاص ٢٣٣/٥.
(٤) انظر: المهذب للشيرازي ٨٨/٢.
(٥) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٨٤/٢، الحاوي الكبير للماوردي ٢٥٣/١٤، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٢٦/٤، كشاف القناع للبهوتي ٧٠/٣، الموسوعة الفقهية ٤٧/٣٦.
(٦) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٥٨٣/٢، والإنصاف للمرداوي ٢٠٩/٤، الموسوعة الفقهية ٢٢٣/٤.

كما أنها تتفرع منها قواعد أخرى خاصة ببعض مجالاتها، مثل القاعدة ذات العلاقة الثانية، والقاعدة الثالثة.

ولم نقف على خلاف بين الفقهاء في اعتبارهم لهذه القاعدة، بين مضيق في الأخذ بها وموسع، بناءً على مذاهبهم في مدى اعتبارهم للشروط الجعلية، وأضيق المذاهب في ذلك الظاهرية، فالمعروف من مذهبهم أن الأصل في العقود والشروط فيها عندهم الحظر والتحريم إلا ما ورد الشرع بإباحته[1].

أدلة القاعدة:

١- قاعدة «المسلمون عند شروطهم» وأدلتها؛ لأنها أعم منها، ودليل الأعم دليل للأخص.

٢- حديث ابن عمر – رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلا قد أُبِّرَتْ فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع»[2].

فقد أفاد هذا الحديث أن الثمرة إنما تكون للبائع بمقتضى إطلاق العقد، إلا أن يشترطها المشتري، فالشرط قيَّد الإطلاق[3]. ويقاس عليه سائر العقود.

تطبيقات القاعدة:

١- من تزوج امرأة لم يثبت له خيار الفسخ إلا بالعيوب المعروفة التي يجوز بها فسخ النكاح، لكن لو اشترط فيها وصفًا معينا فلم يوجد فيها، كأن يشرط الجمال فبانت شوهاء، أو شرطها شابة حديثة السن

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٨/٨١، ١٦٢ – ١٦٤.

(٢) رواه البخاري ٣/٦٧ (٢٢٠٤) وفي مواضع، ومسلم ٣/١١٧٣ (١٥٤٣) (٨٠).

(٣) انظر: المنتقى للباجي ٤/٢١٥.

فبانت عجوزًا شمطاء، فله الفسخ في ذلك كله[١]؛ لأنه قد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد.

٢- إن شرط المحتال ملاءة المحال عليه وغناه فبان معسرا رجع على المحيل؛ لأنه شرط في العقد ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة، فيثبت العقد بفواته، وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد[٢].

٣- يتعين في عقد السلم تسليم العوض في موضع التعاقد إذا أطلقا العقد، وإذا شرط موضعًا بعينه فقد تعين بالشرط، فإذا جاءه في غير ذلك الموضع لم يلزمه قبوله[٣]؛ بموجب هذه القاعدة.

٤- إذا تبايعا بعملة مطلقة، انصرف إلى عملة البلد؛ لأن ذلك مقتضى إطلاق العقد، إلا أن يشترطا عملة أخرى، فيتعين ذلك النقد؛ بناءً على موجب هذه القاعدة[٤].

٥- إذا تعاقدا عقدًا مطلقًا وجب تسليم العوضين في الحال؛ لأن الحلول هو موجب إطلاق العقد ومقتضاه، ويثبت الأجل بالشرط[٥].

٦- لو طلب من شخص أن يدهن له بيتًا، فدهنه بما يدهن بمثله البيوت، فهو لازم عليه، وإن لم يكن جيدا؛ لأن المستحق بمطلق العقد صفة السلامة، لكن لو شرط عليه دهانًا جيدا فدهنه بغير الجيد فلصاحب

---

(١) انظر: زاد المعاد لابن القيم ١٨٤/٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦٧٠/٢، مسالك الأفهام للعاملي ١٤٤/٩.

(٢) هذا مذهب الحنابلة، ومن وافقهم من الشافعية وغيرهم، خلافاً لما هو الأصح عند الشافعية من أن الخيار لا يثبت بالإعسار. انظر: المغني لابن قدامة ٦٢/٧، المهذب في فقه الإمام الشافعي ٣٤٤/١ - ٣٤٥.

(٣) انظر: تكملة المجموع للمطيعي ١٥٠/١٣.

(٤) انظر: التجريد للقدوري ٣٥٨٣/٧، جامع المقاصد للحلي ٤٣٩/٦، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٩٠/٤. وراجع أيضًا شرح النيل لأطفيش ٤٧٠/٩.

(٥) انظر: التجريد للقدوري ٣٥٨٣/٧، العناية للبابرتي ١٤٩/١٠، البحر الرائق لابن نجيم ٣٠١/٥، تحرير الأحكام للحلي ٥٣٧/٥.

البيت الخيار؛ لفوات الوصف المشروط؛ لأن فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب في إثبات الخيار[١].

٧- إذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال، فإن أطلقوا، ولم يذكروا كونه حالاً أو مؤجلاً فهو حال، ويجوز تأجيله بالشرط[٢].

٨- يجوز استئجار الدور، والحوانيت للسكنى، وإن لم يبين ما يعمل فيها، وله أن يعمل فيها كل شيء إلا ما يضر بالبناء، كالحداد، والقصار والطحان، فلا يدخل تحت مطلق العقد، لكن يثبت له هذا الحق بالاشتراط[٣].

٩- من اشترى أصول الأشجار، وفيها ثمرة قد انعقدت جميعها أو أكثرها، كالخوخ والتين، وما أشبه ذلك فإنه يكون للمشتري بمقتضى مطلق العقد، لكنها تكون للبائع بالشرط[٤].

١٠- من استأجر داراً للسكنى، فإن إطلاق العقد يقتضي أن يسكن فيها بنفسه وأهله وأولاده، ولا يجوز أن يسكن غيرهم إلا أن يشترط، فإن اشترط فقد ثبت له بالشرط ما لم يثبت بمقتضى مطلق العقد[٥].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر نظيره في: المبسوط للسرخسي ١٥/٩٣.
(٢) انظر: العناية للبابرتي ١٥/١٧٦، الاستذكار لابن عبد البر ٨/٤٣.
(٣) انظر: المبسوط ١٥/١٣٠، الجوهرة النيرة للحدادي ٣/١٠.
(٤) انظر: التاج والإكليل للمواق ٤/٤٩٥، شرح مختصر خليل للخرشي ٥/١٨١، شرائع الإسلام للحلي ٢/٤٧.
(٥) انظر: شرائع الإسلام ٢/٢٧٨.

رقم القاعدة: ٩٣٨

نص القاعدة: الصِّفَة قَائِمَة مَقَام الشَّرْط[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الوصف كالشرط[٢].

٢- الوصف يجري مجرى الشرط[٣].

٣- الوصف بمنزلة الشرط[٤].

٤- التقييد بالوصف بمنزلة التعليق بالشرط[٥].

٥- الصفة المعتبرة كالشرط[٦].

قواعد ذات علاقة :

١- المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط[٧]. (أصل للقاعدة).

---

(١) الذخيرة للقرافي ٨/١٠٠.

(٢) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٢٥٦، كتاب الطهارة للخوئي ٢/١١٥.

(٣) الذخيرة للقرافي ٨/١٢٥.

(٤) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٢/٣٨٠، شرح الأحكام للأبياني ١/٣٤، ووردت بلفظ: "الصفة بمنزلة الشرط" في تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ٢/٣١٩.

(٥) أصول السرخسي ١/٢٦٧، كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٢/٢٩٧.

(٦) فتح القدير لابن الهمام ٣/٤٤٩، تبيين الحقائق للزيلعي ٢/٢٣٤.

(٧) المجلة – وشروحها، المادة ٨٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر[١]. (قيد للقاعدة).

٣- وصف الشرط كالشرط[٢]. (فرع عن القاعدة).

٤- الفعل المقيد بوصف ينتفي اعتباره بانتفاء ذلك الوصف المقيد به[٣]. (فرع عن القاعدة).

٥- قد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد[٤]. (مكملة للقاعدة).

شرح القاعدة:

هذه القاعدة فيها بيان ما يأخذ حكمَ الشرط ويجري مجراه، وقد سبق تعريف الشرط وبيان أقسامه في قواعد أخرى، والمراد بها أن الشيء الذي يترتب عليه أمرٌ ما إذا وُصف بصفة ما فإن هذه الصفة تتنزل منزلة الشرط في تحقق ذلك الأمر المرتب، فكأن مَن وصفه بتلك الصفة علّق وقوع الأمر المرتب على وجود تلك الصفة، وإن لم يصرح بلفظ الاشتراط، بل يكون الوصف كافيا في ذلك، فإذا قال شخص لآخر: إنْ أتيتني صباحا أعطيتك كذا وكذا، فإن كون الإتيان في الصباح – وهو وصف للإتيان – يعتبر شرطا لا بد من حصوله حتى يتنزل الجزاء وهو الإعطاء، فإذا أتاه ليلا مثلاً لم يكن له أن يطالبه بالمشروط؛

---

(١) مجلة الأحكام المادة ٦٥، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الوصف المعتاد يعتبر في الغائب لا في العين".

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٧، تقريرات البحراوي ١/١٩٣/أ، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/١٦١، عمدة ذوي البصائر لبيرى زاده ١/٨١/ب، غمز عيون البصائر للحموي ٢/١٧١، إبراز الضمائر للأزميري ١/٢١١/ب، ٢١٣/ب، قواعد الفقه للمجددي ص ١٣٧، شرح الخاتمة للخادمي ص ٨٨، ووردت بلفظ: "وصف الشرط يراعى كما يراعى أصله" في غمز عيون البصائر للحموي ٢/١٧١.

(٣) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٥/٤١٦.

(٤) المغني لابن قدامة ٤/٣٧٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

لفقدان الصفة المذكورة، وكذا إذا قال شخص لآخر: بعني بيتك الواقع في المكان الفلاني - وكان له أكثر من بيت - فإن وصفه له بمنزلة الاشتراط وتعليق البيع على وجود تلك الصفة في البيت، حتى إذا تم العقد على غيره لم يلزمه ذلك.

والمراد بالصفة عند الفقهاء: أن ينضبط الموصوف على وجه لايبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير[١]، وهي عند الأصوليين: تقييد لفظ مشترك المعنى بلفظ آخر مختص، ليس بشرط ولا غاية[٢]. والمراد بها في القاعدة وعند الفقهاء والأصوليين والبيانيين ما هو أعمّ من معناها عند النحاة، فلا يقصدون بها النعت فقط كما هي عندهم، ويشهد لذلك تمثيلهم للصفة بحديث «مطل الغني ظلم»[٣] مع أن التقييد به إنما هو بالإضافة فقط، وقد جعلوه صفة[٤].

والقاعدة بمعناها السابقِ ذكرُه من القواعد الفقهية الأصولية؛ فالبحث في تطبيقاتها الواردة على لسان الشارع بحث أصولي تصنف القاعدة معه في القواعد الأصولية[٥]، والبحث في تطبيقاتها الجارية على ألسنة المكلفين بحث فقهي تصنف القاعدة معه في القواعد الفقهية، وهو المراد هنا.

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٧/٤١.

(٢) البحر المحيط للزركشي ٣/١١٣.

(٣) رواه البخاري ٣/٩٤، ١١٨ (٢٢٨٧) (٢٢٨٨) (٢٤٠٠)، ومسلم ٣/١١٩٧ (١٥٦٤)، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) انظر في هذه الفائدة: البحر المحيط للزركشي ٣/١١٣، إرشاد الفحول للشوكاني ٢/٤٢.

(٥) وقد تناولها الأصوليون بهذا الاعتبار في مبحث مفهوم المخالفة عند نوع من أنواعه هو مفهوم الصفة، ويعرفونه بأنه تعليق الحكم على الذات بأحد الأوصاف، كما في قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] وكما في قول النبي ﷺ: «في سائمة الغنم زكاة» وقد قال بها الجمهور خلافا للحنفية والمعتزلة وبعض الشافعية. انظر: تيسير التحرير لأمير باد شاه ١/٩٩، شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٢٩٦، البحر المحيط للزركشي ٣/١١٣، التحبير شرح التحرير للمرداوي ٦/٢٩٠٥، إرشاد الفحول للشوكاني ٢/٤٢.

والقاعدة مقيدة بكون الشيء الموصوف غائبا غير حاضر أو مشار إليه؛ إذ لو كان حاضرا ووُصف بصفة مخالفة لما هو عليها فإنه لا عبرة بهذا الوصف مادام الشيء واضحا لا خفاء به؛ لأن حضور الموصوف والإشارة إليه أقوى وأوضح من الوصف وأبلغ في إفادة التعريف، كما لو قال شخص لآخر: بعني سيارتك الحمراء هذه، وأشار إليها، وهي سوداء في نفس الأمر، فإنه لا عبرة بوصفه الخطأ هذا ويكون لاغيا، بخلاف ما لو لم تكن السيارة حاضرة، فإن وصفه إياها يتنزل منزلة اشتراطه أن تكون بهذه الصفة على ما جاءت به قاعدتنا، لأن الغائب حيث لا يمكن الإشارة إليه لا يعرف إلا بوصفه الذي يعرف هو يوضحه فاعتبر فيه، وهذا القيد قد عبرت عنه القاعدة التي لفظها: «الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر»، وقد ورد في بعض ألفاظ القاعدة ما يعبر عن هذا بما يشمله ويشمل غيره أيضًا وهو كون الصفة معتبرة، فنصت على أن «الصفة المعتبرة كالشرط».

وقد بني على القاعدة كثير من العقود الشرعية، ومنها بيع السَّلَم، حيث إن العقد فيه على موصوف في الذمة بصفات منضبطة، ولولا أن هذه الصفات تكون لازمة لما كان لها فائدة، وكذلك هو أساس في العقد على الغائب إذا وصف، وهو ما ذهب إلى صحته جمهور العلماء، ومما ينبني على القاعدة أيضًا ما يعرف عند الفقهاء بخيار فوات الوصف المرغوب(١)؛ إذ هو خيار ينشأ للعاقد بسبب تخلف وصفٍ في المعقود عليه، وهذا فرع عن لزوم الوصف الذي يذكره العاقد في المعقود عليه؛ إذ هو بذكره كأنه قد اشترطه على الطرف الآخر أو له؛ فمن قال لآخر: بعني فرسا عربيا أصيلا بكذا وكذا، فأتى له بهجين كان له الخيار في إمضاء البيع أو رده؛ لأنه بوصفه الفرس بكونه عربيا قد اشترط على البائع أن يكون الفرس بهذه الصفة، فكان له الخيار بفواتها، ومثل هذا العديد

---

(١) انظر تفصيل الكلام عليه في: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٥٧/٢٠ وما بعدها.

من العقود التي تتم عن طريق وصف المعقود عليه من مبيع أو عين مؤجرة أو غيرهما، ويتم العقد على ذلك، فإذا لم توجد صفة من التي اتفق عليها كان للعاقد هذا الخيار، وإذا آجر إنسان لآخر شقة وقال: هي بصفة كذا وكذا، وبعد تمام العقد تبين فوات بعض الصفات، كان للمستأجر فسخ العقد من أجل ذلك.

ومما تفرع عن القاعدة: «وصف الشرط كالشرط» التي خصت صفة الشرط من بين سائر الصفات، وأنزلته منزلة الشرط كأصلها، فكانت أخص منها بهذا الاعتبار، وكذا القاعدة الأخرى «الفعل المقيد بوصف ينتفي اعتباره بانتفاء ذلك الوصف المقيد به» إذ فيها معنى القاعدة لكن في بعضما تصدق عليه، وهو وصف الأفعال دون غيرها.

والقاعدة متسعة المجال؛ إذ هي شاملة لكل ما يتأتى فيه الاشتراط من عبادة أو عادة أو معاملة، ولا يعلم لها مخالف، وقد استعمل معناها الفقهاء جميعا في كتبهم، حتى الحنفية الذين لا يُعملونها في كلام الشارع، كما سبق ذكره، قالوا بها في كلام المكلفين، فورد عندهم النص على أن «وصف الشرط كالشرط»[(١)] وهي إحدى صيغ القاعدة، وقالوا في شرحها: «يعني أن وصف الشرط يراعى كما يراعى أصله، ولهذا لو قال: إن دخلت الدار راكبة فأنت طالق، فدخلت الدار غير راكبة لا تطلق»[(٢)].

أدلة القاعدة:

١- عن ابن عباس قال: قدم النبي ﷺ المدينةَ وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: «مَن أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٧.

(٢) غمز عيون البصائر للحموي ٢/١٧١.

ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[١] فلولا أن هذه الأوصاف التي ذكرها النبي عليه الصلاة والسلام ملزمة ولها حكم الشرط لكان الكلام لغوا يصان عنه اللفظ النبوي الشريف.

٢- كان مما عاقد عليه النبيُّ ﷺ سهيلَ بن عمرو في صلح الحديبية أن مَن أتى النبيَّ من قريش مسلما فعليه أن يرده إليهم[٢]، وقبل إتمام الصلح أتـى أبو جنـدل بن سهيل بن عمرو مسلما، فرُدّ من أجل هذا الشرط، وما ذلك إلا لأن وصف الشرط كالشرط، ولولا ذلك ما رده النبي ﷺ.

٣- المعقول؛ فإن الشيء إذا وصف بصفة فإن هذا مؤذن بأن ذلك الشيء إذا أُتي به على غير تلك الصفة لم يتحقق وجوده بل يكون غيره، وإذا كان الأمر كذلك كان ذكر الصفة بمنزلة اشتراطها ولو لم يُنص على ذلك، وهذا هو المراد بالقاعدة.

تطبيقات القاعدة :

١- لو حلف أن لا يكلم شابا، فكلم شيخا كبيرا فإنه لا يحنث بذلك، لأن اليمين وقعت على صفة معينة في الشرط، وهي كون الشخص المكلَّم شابا، والصفة بمنزلة الشرط، فإذا لم توجد لم يقع المحلوف على تركه فلا يقع الحنث[٣].

٢- إذا وضعت الدولة بعض التسهيلات في إجراء بعض العقود من نحو بيع سيارة أو إيجار محل ونحو ذلك، وجعلت ذلك لذوي

---

(١) رواه مسلم ٣/١٢٢٦-١٢٢٧(١٦٠٤)/(١٢٧).

(٢) رواه البخاري ٣/١٩٣، ١٩٦(٢٧٣١) (٢٩٣٢)، ٥/١٣٧ (٤١٨٠) (٤١٨١) عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/٣١٩.

الاحتياجات الخاصة من باب المعونة لهم، ووضعت لوائح وبها النص على تلك الصفات، فإنه لا يحقّ لمن لم يكن متصفا بصفة من هذه الصفات أن يعمل على الاستفادة من هذه المعاملات بحيلة من الحيل؛ لأن النص على الاتصاف بهذه الصفات ينزل منزلة الشرط، فلا بد من تحققها لجواز تلك العقود.

٣- الشقق السكنية التي تعرضها الهيئات المختصة تحت عنوان (مشروع إسكان الشباب) أو ما يشبه ذلك – لا يحق الاستفادة منها إلا من قِبَل الشباب خاصة؛ لأن وصف ذلك بكونه للشباب يعني أن ذلك شرط في الانتفاع به؛ بناء على أن الوصف كالشرط.

٤- إذا قال: بعني سيارتك التي هي بصفة كذا وكذا، وعدّد له صفاتها، وكان له أكثر من سيارة، وتم العقد، فإنه إن أتاه بغير ما وصفها له كان له الخيار؛ لأن وصف المشتري لها في حكم الاشتراط أن تكون بنفس تلك الصفات المذكورة؛ إذ الوصف كالشرط.

٥- إذا وصف المرأةَ وليُّها عند الخطبة بأنها سليمة البدن ولا عيب بها، فوجدت بخلافه فللزوج الرد[1]؛ لأن وصفه لها منزل منزلة الشرط، وكذلك الحال إذا وُصف بذلك الزوج، فبان بخلاف ذلك، كان للمرأة حق الفسخ.

٦- لو أراد شراء شيء وصفه حالَ العقد كفرس وصفه بأنه هملاج (أي سريع) أو كلب وصفه بأنه صيود ثم بان له خلاف ذلك كان له الخيار[2] لأن وصف المبيع بصفة ينزل منزلة الشرط، فيكون له الخيار إذا لم يجده.

---

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٣/٤٨٧، شرح الأحكام للأبياني ١/٣٤.

(٢) انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام ٥/١٣٥، التاج المذهب للعنسي ٢/٣٩١، القواعد الفقهية للبجنوردي ٣/٢٩٣.

٧- تجري القاعدة فيما يتم الآن من عرض كثيرين لسلعهم عن طريق (كتالوج) فيه بيان صور للمبيع وذكر صفات متعددة له، فإذا تم العقد وظهر للمشتري تخلف صفة أو أكثر من تلك الصفات التي رآها أو نُص عليها كان له الخيار في فسخ العقد؛ لأن وصف السلعة بتلك الأوصاف بمنزلة اشتراط وجودها فيه[١].

٨- للقاعدة حضور في عقد الاستصناع - وهو: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل[٢] - حيث إن المستصنِع يصف ما يريد استصناعه بصفات معينة هي ملزمة للصانع، بحيث إذا تخلف شيء منها كان له الخيار في رده وعدم دفع المستحق عليه[٣].

٩- إذا تم بين شخصين بيع سلم، ووصف المسلم فيه بصفات دقيقة محددة مع ذكر أجل محدد، وتم تسليم جميع رأس المال في مجلس العقد - كان العقد صحيحا ملزما للطرفين، فإذا تخلفت صفة من الصفات التي اشترطها المسلم كان له الخيار؛ لأن مجرد وصفه للسلعة قائم مقام اشتراطها.

إبراهيم طنطاوي

* * *

---

(١) انظر: كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (٣٠٦).
(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥.
(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٣٢١، وقد نصت المجلة على أنه إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة، كان المستصنع مخيراً.

رقم القاعدة: ٩٣٩

نص القاعدة: الوَصْفُ المـُعْتَادُ يُعْتَبَرُ فِي الغَائِبِ لَا فِي العَيْنِ[(١)].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الوصف يعتبر في غير المعين ولا يعتبر في المعين[(٢)].
٢- الوصف في الغائب معتبر وفي الحاضر لغو[(٣)].
٣- الوصف في غير المعين معتبر[(٤)].
٤- في المعين لا يعتبر الوصف وفي غير المعين يعتبر[(٥)].
٥- الصفة في الحاضر لغو إذا لم تكن داعية إلى اليمين[(٦)].
٦- الصفة في الحاضر لغو وفي الغائب معتبرة[(٧)].
٧- الصفة في الحاضر لغو وفي الغائب شرط[(٨)].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٧، غمز عيون البصائر للحموي ١٧٨/٢.
(٢) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين عبد العزيز البخاري ٧٠/٢.
(٣) الكافي للسنغاني ٢٠٨٤/٥.
(٤) المبسوط للسرخسي ٩٤/٣، ووردت عنده أيضًا بلفظ: (في غير العين يعتبر الوصف وفي العين يعتبر العين دون الوصف) المبسوط للسرخسي ١٦٤/٨.
(٥) شرح السير الكبير للشيباني ٥٤٤/٢.
(٦) العناية شرح الهداية للبابرتي ٦٧/٧.
(٧) البناية للعيني ٢٧٥/٥.
(٨) الجوهرة النيرة للعبادي ١٩٩/٢.

قواعد ذات علاقة :

١- الغائب لا يعرف إلا بالوصف والقيمة[١]. (معللة لاعتبار الوصف في الغائب).

٢- الحاضر يساوي الغائب في العلم به إذا وصف[٢]. (مكملة).

٣- ينزل الوصف في كل شيء على أقل درجاته[٣]. (مكملة).

٤- الإشارة أبلغ أسباب التعريف[٤]. (عموم وخصوص وجهي).

٥- الغائب لا يباع إلا بصفة أو رؤية متقدمة[٥]. (مكمل).

٦- يجوز بيع الأعيان الغائبة على صفة يضبطها المتبايعان[٦]. (متفرع).

شرح القاعدة :

الوصف والصفة مترادفان عند أهل اللغة، والصفة: هي المعنى القائم بذات الموصوف، والوصف عبارة عما دل على الذات باعتبار معنى هو المقصود من جوهر حروفه، أي يدل على ذات بصفته كأحمر... وعند الفقهاء هو مقابل الأصل، يعني ما يكون تابعًا لشيء غير منفصل عنه، وهو على ما حقق الفقهاء نوعان: وصف لا يكون داعيًا إلى اليمين، ووصف يكون داعيا إليها[٧].

---

(١) شرح المجلة للأتاسي ٥/٢٣، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣/٣٤٥.
(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٦/٢٣.
(٣) روضة الطالبين للنووي ٤/٢٩.
(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٥) الخيار وأثره لأبي غدة ٢/٥٠٤.
(٦) عيون الأدلة لابن القصار المالكي ص ٥٤.
(٧) انظر: الكليات للكفوي ص٩٤٢، قواعد البركتي ص ٥٨٣.

والمعتاد: قيد للوصف، أي الوصف المتعارف الذي يقيد الموصوف تعريفًا، فيكون قصد الواصف من ذكره التعريف فقط، وليس له غرض آخر وراء ذلك[١].

والعين: ما يقابل المنفعة.

والمعين: هو الحاضر المشار إليه المدرك بالحس الواقع تحت المشاهدة، والممكن تحديده وتمييز صفته بهذه المشاهدة كالألوان والأحجام[٢].

فالعين قد تكون حاضرة وقد تكون غائبة، ولذلك يقول الفقهاء - مثلاً - العين الغائبة، ولا يقولون: المعين الغائب. إلا أنهم قد يطلقون العين على المعين من باب التجوز والتوسع.

ومعنى القاعدة أنه إذا احتيج إلى تحديد الشيء وتمييزه عن غيره في عقد من العقود كالنكاح، والبيع، والإجارة، وسائر العقود، فإن ذلك يكون على حالتين:

الأولى : أن يكون هذا الشيء حاضرا محسوسا مدركا بالعين، فيكفي في تعريف مثل هذا وتمييزه الإشارة إليه، ولا عبرة لذكر اسمه وصفاته وغير ذلك من المحددات اللفظية، لأن الإشارة في هذه الحالة أقوى وأبلغ من كل وصف لفظي.

الثانية : أن يكون غائبا لا يمكن معاينته والإشارة إليه، وفي هذه الحالة لابد من ذكر أوصافه وسماته ضبطا له وتعريفا، لأن الوصف هنا ضروري وله اعتبار في الحكم، وفي هذا المعنى يقول الإمام الكاساني إن: «الصفة في العين المشار إليه غير معتبرة لأن الصفة لتمييز الموصوف من غيره والإشارة تكفي

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٢/ ١٧٩، إبراز الضمائر للأزميري ١/ ٢١٣.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٥٧، المدخل الفقهي للزرقا ١/ ٣٩٥-٣٩٦.

للتعريف، فوقعت الغنية عن ذكر الصفة. وغير المعين لا يحتمل الإشارة فيكون تعريفه بالوصف»[١]. وبتعبير آخر: «المدار في الحاضر على المشاهدة بخلاف الغائب فإن المدار فيه على الوصف إذ لا مشاهدة حتى يعول عليها»[٢]، ولأجل ما سلف ذكره أعملت قاعدة «الغائب لا يعرف إلا بالوصف والقيمة» وقاعدة: «يجوز بيع الأعيان الغائبة على صفة يضبطها المتبايعان».

يقول الأتاسي: «يشترط لصحة عقود المبادلة كالبيع والإجارة معرفة البدلين وانتفاء الجهالة، وذلك بتمييز الشيء عن غيره بجنسه ونوعه ووصفه، ويحصل هذا بالإشارة إليه حسًّا إذا كان الشيء حاضرا أو بالذكر إذا كان غائبا»[٣] لأن المراد بالوصف التعريف، والإشارة في المعين أبلغ من الوصف في التعريف؛ لأنها تقطع الاشتراك والوصف ولأن تعريفها من جهتين من جهة العين ومن القلب وتعريف الوصف من جهة القلب لا غير أما الغائب فلا يعرف إلا بوصفه فلذلك اعتبر فيه «لأن المراد بالوصف التعريف هذا إذا كان الوصف للتعريف فقط»[٤].

فالصفة في البيع -مثلاً- إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه، ولهذا أجاز الإمام مالك البيع على البرنامج[٥] على الصفة - وإن كانت السلعة

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٦٢.

(٢) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ص ١٤٤.

(٣) شرح المجلة للأتاسي١/١٧٤.

(٤) غمز عيون البصائر للحموي ٢/١٧٨.

(٥) البرنامج: "الورقة الجامعة للحساب، وهو معرَّب من كلمة (برنامة) الفارسية. في المغرب: هي النسخة المكتوب فيها عدد الثياب والأمتعة وأنواعها المبعوث بها من إنسان لآخر، فتلك النسخة التي فيها مقدار المبعوث هي البرنامج. ونص فقهاء المالكية على أن البرنامج هو الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل من الثياب المبيعة لتشترى على تلك الصفة للضرورة" انظر الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٣/٩٤.

حاضرة - لأنها في حكم الغائب[1]، ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه، ولا الثوب المطوي في طيِّه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها[2]. وهذا ما دل عليه الضابط: «الغائب لا يباع إلا بصفة أو رؤية متقدمة».

وأما إذا اجتمعت الإشارة والوصف في تحديد الشيء المعين، فإن وافق الوصف الإشارة فهذا زيادة في التأكيد والتمييز؛ لأن «الإمعان في الوصف في الأعيان يزيدها وضوحًا وتبيانًا»[3] ولا ينبني عليه حكم، وإن خالف فالعبرة بالإشارة وإن خالفها الوصف وناقضها؛ لأنها «فوق الوصف في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد على المشار إليه»[4] وهذا ما دلت عليه قاعدة «الإشارة أبلغ أسباب التعريف».

فالقاعدة ليست على إطلاقها، وإنما يشترط في إعمالها شرطان:

١- أن يكون الموصوف من جنس المسمى، فـ «لو عرَّف شخص شيئًا ببيان جنسه ووصفه نُظر في ذلك، فإن كان الموصوف حاضرًا وكان مشارًا إليه حين الوصف وكان الموصوف والمسمى من جنس المشار إليه، فالوصف لغو ولا حكم له، وأما إذا كان الموصوف غائبا عن مجلس الوصف فالوصف معتبر»[5].

وأما إن لم يكن من جنسه، فالعبرة للجنس المسمى مطلقا حاضرا مشارا

---

(١) يقول ابن عبد البر: "البيع على البرنامج، وهو بيع ثياب أو سلع غيرها على صفة موصوفة والثياب حاضرة لا يوقف على عينها لغيبتها في عدلها ولا ينظر إليها، فأجاز ذلك مالك وأكثر أهل المدينة - إذا كان فيه الذرع والصفة - فإن وافقت الثياب الصفة لزمت المبتاع على ما أحب أو كره، وهذا عنده من باب بيع الغائب على الصفة لمغِيب الثياب" التمهيد ١٣/١٤.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢/١١٧.

(٣) حاشية الرملي ٤/٣٢٣.

(٤) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٢/٨٩.

(٥) درر الحكام لعلي حيدر ١/٥٧.

إليه أو غائبا، يقول السرخسي: «وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا: الأصل أن الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا، فإن كان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه، وإن كان من غير جنس المسمى يتعلق العقد بالمسمى»(١).

٢- ألا يكون الوصف داعيًا إلى اليمين وحاملا عليها أو شرطًا فيها، لأنه إن كان حاملا عليها تقيدت به، كمن حلف أن لا يأكل هذا البُسْرَ(٢)، فأكله رطبًا، لم يحنث إلا إذا كانت الصفة مهجورة شرعًا فحينئذ لا يتقيَّد بها(٣). وإن كان شرطًا فإنه يعتبر لما عرف أن الشرط لا يؤتى به للتعريف بل لتعليق الشرط به(٤).

إذن الوصف في الحاضر نوعان: وصف لا يكون داعيًا إلى اليمين، ووصف يكون داعيًا إليها، فيكون لغوًا في النوع الأول دون الثاني(٥)؛ لأن الوصف إنما سقط اعتباره مع الإشارة في الحاضر من جهة التعريف فقط، وأما إذا كان داعيًا إلى اليمين، فإنه أفاد شيئًا آخر غير التعريف، وهو تقييد اليمين به(٦).

والحاصل أن تحديد الشيء - بذكر جنسه وصفاته - إذا كان حاضرًا مشارًا إليه مشاهدًا بالعين لا تأثير له ولا اعتبار، ومن باب أولى إذا خالف الوصف

---

(١) المبسوط ٥/٨٣، وانظر شرح المجلة لسليم رستم ص ٤٥.
(٢) البُسْرُ: "بضم الموحدة وإسكان المهملة التمر قبل إرطابه واحدته بُسرة بالهاء" شرح الزرقاني الابن على الموطأ ٣/٢٠٧. يقول القرافي: "ابن حبيب أول درجات النخل طلع ثم إغريض ثم بلح ثم زهو ثم بسر ثم رطب ثم تمر". التاج والإكليل للمواق ٣/٢٩٦.
(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٤/٣٢٥.
(٤) غمز عيون البصائر للحموي ٢/١٧٩.
(٥) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/١١٤١.
(٦) انظر: إبراز الضمائر للأزميري ١/٢١٣.

الإشارة؛ لأنه خالف ما هو أقوى منه في التعريف والتحديد والتمييز بين الأشياء. يقول الشيخ أحمد الزرقا في تعليل عدم اعتبار الوصف إذا خالف الإشارة: «المقصود من الوصف التعريف وإزالة الاشتباه والاشتراك، وقد حصل من ذلك بالإشارة إليه ما هو أعلى وأبلغ، فإن الإشارة تقطع الاشتراك بالكلية، والوصف يقلِّله، فإذا وجدت يلغو معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الاشتراك ولا يقطعه»[1].

وأما إذا كان الشيء غائبًا فلا سبيل إلى تعريفه إلا بذكر أوصافه المحدِّدة لماهيته؛ لأن الغائب «إنما يصير معلومًا بوصفه»[2]، والصفة تقوم مقام العيان[3] فإذا وصف الغائب انتفت الجهالة عنه، لأن «الحاضر يساوي الغائب في العلم به إذا وصف»، ومن ثم يكون الوصف معتبرًا بحيث إذا خالف الموصوفَ في عقد بيع مثلاً، «كما لو باع فرسًا غائبًا وذكر أنه أشهب، والحال أنه أدهم، لا ينعقد البيع لازمًا بل موقوفًا على رضا المشتري بالبيع»[4]، أي أن للمشتري خيار الوصف[5].

إلا أنه قد يتساءل: ما المعيار المشروط في الوصف المعتبر في الغائب؟ إذ إن الوصف قد يختلف من حيث دقة الواصف، كما أن صفات الأشياء ليست على درجة واحدة. وقد أجاب القرافي عن هذا السؤال بقوله: «حيث اشترطنا الصفات في الغائب أو السَّلم؛ فينزَّل كل وصف على أدنى رتبه وصِدْق مسماه لغة لعدم انضباط مراتب الأوصاف في الزيادة والنقص، فيؤدي ذلك للخصام

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٣٣١.
(٢) المبسوط للسرخسي ٩/٤.
(٣) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٦/٢٧٥، وعبر ابن الهمام عن هذا المعنى بقوله «الوصف يقوم مقام الرؤية» شرح فتح القدير ٦/٣٤٩.
(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٣٣١.
(٥) انظر: تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٦/٤٢١، مجلة الأحكام العدلية ص ٦٢.

والقتال والجهالة...»[١] وهذا المعنى هو المراد من قاعدة «ينزل الوصف في كل شيء على أقل درجاته»[٢].

ورغم أن صيغة القاعدة وصيغها الأخرى كلها حنفية إلا أنهم لم يتفردوا بالعمل بمضمونها بل اعتُبر معناها عند غيرهم أيضًا وإن لم يوردوا صيغتها، كما يظهر ذلك من خلال الشرح والتطبيقات، وقد يختلفون في بعض تطبيقاتها إلا أن ذلك لا يعني عدم الأخذ بها. ومجال تطبيق القاعدة واسع يشمل المعاملات المالية إضافة إلى مسائل القضاء والأيمان والنكاح وبعض مسائل العبادات.

أدلة القاعدة:

١- قاعدة: «الغائب لا يعرف إلا الوصف والقيمة»، ووجه الاستدلال بها أن المراد بالوصف التعريف، والغائب لا يعرف إلا بوصفه فلذلك اعتبر فيه، وأما المعين الحاضر فالإشارة أبلغ من الوصف في تعريفه لأنها تقطع الاشتراك بالكلية والوصف يقلله، ولأن تعريفها من جهتين من جهة العين ومن جهة القلب، وتعريف الوصف من جهة القلب لا غير[٣].

٢- لا تأثير للوصف مع وجود الإشارة الحسية للجنس لأن ذات الموصوف موجودة والوصف غير موجود بل تابع للذات فيلغو[٤].

٣- لا يُحتاج إلى معرفة القدر والوصف في المشار إليه من الثمن أو المبيع؛ لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف، وجهالة وصفه وقدره بعد

---

(١) الفروق للقرافي ٣/٤٠٠.

(٢) انظر: الشرح الكبير (فتح العزيز شرح الوجيز) للرافعي ٩/٣٢٥، حاشية عميرة ٢/٣١٧.

(٣) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٢/١٧٨- ١٧٩، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣/٣٤٥.

(٤) انظر: شرح المجلة للأتاسي ١/١٧٤- ١٧٥.

ذلك لا تفضي إلى المنازعة، فلا يمنع الجواز لأن العوضين حاضران[١]، ولأن التعريف الحاصل من الإشارة أقوى من التعريف الحاصل من الوصف، فكأن الوصف بعد الإشارة وقع ضائعًا فلا يعتبر[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- لو باع شخص فرسا غائبا عن مجلس العقد؛ وذكر من صفاته مثلاً أنه أشهب والحال أنه أدهم ففي هذه الحالة يكون للمشتري حق الفسخ بخيار الوصف[٣]؛ لأن الوصف المعتاد يعتبر في الغائب لا في العين.

٢- لو قال الأب: زوجتك بنتي الكبرى. وسماها باسم الصغرى- صح النكاح على الكبرى على الوصف بالكبر[٤]، لأن الوصف المعتاد يعتبر في الغائب لا في العين.

٣- البيع - فيما يعرض بالنموذج - إنما يلزم إذا كان ما لم يره المشتري مثل ما رآه أو أجود مما رأى، فإن كان أدنى مما رأى فله الخيار؛ لأنه إنما رضي بالصفة التي رأى فإذا تغير لم يتم الرضا به[٥]، والوصف المعتاد يعتبر في الغائب لا في العين.

٤- إذا حلف لا يدخل دارًا فدخل دارًا خربة بأن صارت لا بناء لا

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٥.

(٢) انظر: الكافي للسنغاني٥/٢٠٨٥، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/١٦٧.

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٥٧.

(٤) انظر: روضة الطالبين للنووي ٧/٤٤، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/١٢٢، وانظر قريبا من هذا التطبيق في الحاوي الكبير للماوردي ٩/١٥٦-١٥٧.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣/٧١.

يحنث، وأما إذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء حنث؛ إذ الوصف في الحاضر لغو، لأن ذاته تتعرف بالإشارة فوق ما تتعرف بالوصف، وفي الغائب معتبر لأنه المعرف له[١].

٥- «لو أقر المقر: لفلان بن فلان عندي كذا، وإن داري الفلانية أو المحدودة بكذا لفلان ثم شهد شاهدان بأن هذا المعين هو المسمى والموصوف أو المحدود فإن هذا يجوز باتفاق الأئمة»[٢]. والوصف المعتاد يعتبر في الغائب لا في العين.

٦- لا يجب تعيين الميت مطلقا عند الصلاة عليه غائبًا أو حاضرًا، فإن عين الميت وأخطأ، كأن صلى على زيد أو على الكبير أو الذكر من أولاده فبان عمرا أو الصغير أو الأنثى، بطلت صلاته، هذا إن لم يشر، فإن أشار إليه صحت صلاته تغليبا للإشارة ويلغو تعيينه[٣].

٧- الوصف معتبر في عقود التوريد؛ إذ إن البيع الذي يتم بين المستورد والمصدر- سواء وصلت البضاعة إلى الميناء أو لم تصل - من قبيل بيع الغائب على الصفة، لأن المستورد لا يرى البضاعة وقت الشراء وإنما يصفها له البائع أو يطلب التاجر المستورد بضاعة بصفة معينة ويوافق عليها المصدر، وبيع العين الغائبة على الصفة جائز شرعًا عند جمهور الفقهاء[٤]. فاكتفي في هذا البيع باعتبار الصفة، وإذا خالفت الصفة الموصوف كان للمورِّد الخيار في قبول السلعة أو ردها، بينما

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/٣٧، الهداية للمرغيناني ٢/٧٦، شرح فتح القدير لابن الهمام ٥/١٠٠.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٥/٤٢١، وانظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢٣٧.

(٣) انظر: حاشية إعانة الطالبين للدمياطي البكري ٢/١٢٤.

(٤) فتاوى بنك فيصل الإسلامي السوداني ص ١٢٠.

لو كان المبيع حاضرًا في المجلس فأشير إليه عند التعاقد لاعتبرت الصفة لغوًا سواء وافقت الموصوف أو خالفته، لأن الوصف المعتاد يعتبر في الغائب لا في العين.

٨- لو ادعى دابة ووصفها بأنها مشقوقة الأذن أو مكوية في المحل الفلاني أو لونها كذا فظهرت سليمة الأذن أو لا كي بها أو أن لونها مخالف لما وصف مخالفة واضحة، وبين اللونين بعد ظاهر لا تسمع[١] لأن الوصف المعتاد يعتبر في الغائب لا في العين.

٩- لا يصح السلم «حتى يصف المسلم فيه بالصفات التي تختلف بها الأثمان كالصغر والكبر والطول والعرض والسمك والنعومة والخشونة واللين والصلابة والرقة والصفاقة... والبياض والحمرة والسواد والسمرة والرطوبة واليبوسة والجودة والرداءة وغير ذلك من الصفات التي تختلف بها الأثمان»[٢] لأن الوصف المعتاد يعتبر في الغائب.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٣٣٢-٣٣٣.

(٢) المهذب للشيرازي ٢٩٩/١، وانظر: فيض القدير للمناوي ٦١/٦.

رقم القاعدة: ٩٤٠

نص القاعدة: تَعْليقُ التَّمْليكات والتَّقْيِيدات بالشَّرط باطلٌ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- تعليق التمليكات والتقييدات بالخطر لا يجوز[٢].

٢- كل ما كان من التمليكات - أو التقييدات - يبطل تعليقه بالشرط[٣].

٣- التمليكات لا يجوز تعليقها بالشرط[٤].

٤- التمليكات تبطل بالتعليق[٥].

٥- تعليق التمليك بالشرط لا يصح[٦].

٦- تعليق التمليكات بالخطر لا يصح[٧].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٨، إبراز الضمائر للإزميري ١/ ٢٤٠، عمدة ذوي البصائر لبيري زاده ١/٢٥٦/أ، ب. وبنحوه – دون ذكر التقييدات - في درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/ ٣٧٧.

(٢) الجوهرة النيرة للعبادي ٣/ ١٧٦. وفي لفظ: "ما كان تمليكًا محضًا لا يدخل التعليق فيه قطعًا" المنثور للزركشي ١/ ٤٤٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ١/ ٣٧٧.

(٣) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٤٠.

(٤) البناية، العيني ٦/ ٧٥٩. وفي لفظ: "المال لا يحتمل التعليق بالخطر" المصدر نفسه ٧/ ٧٣٤.

(٥) غمز عيون البصائر للحموي ٤/ ٥٤.

(٦) الفروق للكرابيسي ١/ ١٨٣، وفي لفظ "تعليق التمليكات بالشرط وإضافتها إلى الوقت باطل" لسان الحكام لابن الشحنة ص ٧٢. وفي لفظ آخر: "عقود التمليكات لا تعلق على الأخطار" أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٢٦٧.

(٧) صنوان القضاء للأشفورقاني ١/ ٣٣٤.

٧- تعليق التمليك على الخطر لا يجوز[١].

قواعد ذات علاقة :

١- المسلمون عند شروطهم[٢]. (أصل استثنيت منه القاعدة).

٢- ما لا يمكن تمليكه في الحال أو كان من الإسقاطات والإطلاقات والالتزامات يصح إضافته إلى الزمان المستقبل[٣]. (قسيمة).

٣- ما كان حلا محضًا يدخله التعليق قطعًا[٤]. (قسيمة).

٤- التعليق بالموت في التمليكات يصح وصية[٥]. (استثناء).

شرح القاعدة :

التعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى بإحدى أدوات الشرط، فإحداهما تسمى (الشرط) والثانية تسمى (الجزاء). ويشترط في صحة التعليق أن يكون الشرط معدوما على خطر الوجود، أي أن يكون معدوما ممكنا حصوله[٦].

ويبدو من استعمالات الفقهاء لمعنى هذه القاعدة أنه لا فرق فيها بين التعليق بالشرط وبين التعليق بالخطر.

---

(١) البحر الرائق ٨/٢٨٦، حاشية الشلبي لابن الشلبي ٧/٤٦٦. وفي لفظ: "تعليق التمليكات بالأخطار باطل" ٥/٤٤. وبنحوه في لسان الحكام ص ٢٦٤.

(٢) هي لفظ حديث نبوي يأتي تخريجه في فقرة الأدلة، وانظر القاعدة بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) مرشد الحيران لقدري باشا ١/٦٨. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الإضافة تصح فيما لا يمكن تمليكه للحال".

(٤) المنثور ١/٤٤٤.

(٥) نواضر النواظر. ابن الملقن ٢٢٦.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٨، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٧٢.

والمراد بالتمليك: نقل الملكية من شخص إلى آخر كالبيع والهبة والصدقة والإبراء من الديون ونحو ذلك.

والمراد بالتقييدات: كل ما كان فيه تقييد لسلطة الشخص كعزل الوكيل وناظر الوقف والقاضي ونحوها من التصرفات.

ومعنى القاعدة: أن ما كان من باب التمليكات - كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار والهبة والصدقة والنكاح والإقرار والإبراء - أو كان من باب التقييدات - كعزل الوكيل وحجر المأذون والرجعة والتحكيم(١) - فإنه لا يجوز تعليقه بالشرط؛ بل لا بد من تنجيزه حالاً، ولا جزم مع التعليق، فإن علق بالشرط كان باطلاً، كأن يقول: إن حصل كذا وكذا فقد بعتك هذا الشيء، أو أن حصل كذا وكذا فقد عزلتك عن الوكالة، فلا يصح البيع في الأولى ولا عزل الوكيل في الثانية.

أما التقييدات فقد نص الحنفية - كما في لفظ القاعدة - على أنها لا يصح تعليقها بالشرط غير الملائم - وهو الذي لا يكون بينه وبين الأمر المعلق عليه مناسبة تستدعي ترتيبه عليه، ويصح تعليقها بالملائم، فلو قال لوكيله: إن نفدت بضاعتي الفلانية فأنت معزول عن الوكالة بعد ذلك صح التقييد. أما لو قال له: إن بت الريح، أو إن نزل المطر فأنت معزول عن الوكلاة لا يصح التعليق لعدم ملاءمة الشرط(٢).

أما عدم صحة التمليكات بالشرط فقد ذهب إليه - في الجملة - الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة(٣).

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٨.

(٢) انظر: ما يفيد ذلك في المدخل الفقهي العام ١/٥١٣ - ٥١٤. وراجع أيضًا الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٨.

(٣) انظر: بالإضافة إلى مصادر الحنفية المذكورة عند توثيق القاعدة - الفروق - وما معه للقرافي ١/٢٢٩، المنثور ١/٣٤٧، ٤٤٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٧٧، المدخل الفقهي العام ١/٤٩٤.

وهناك روايات عن الإمام أحمد في بعض عقود التمليكات تفيد صحة تعليقها بالشرط، وقد اختارها ابن تيمية[١] وابن القيم؛ قال ابن القيم - بعد أن ذكر جملة من الأدلة على جواز تعليق العقود بالشروط: «والمقصود أن للشروط عند الشارع شأنا ليس عند كثير من الفقهاء؛ فإنهم يلغون شروطا لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله؛ فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل؛ فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص أن كل شرط خالف حكم الله وكتابه، فهو باطل، ما لم يخالفه حكمه فهو لازم»[٢].

وبهذا الرأي الأخير أخذ بعض القوانين العصرية، قال الشيخ أحمد الزرقا رحمه الله تعالى بعد أن ذكر أنواع الشروط وأحكامها عند الحنفية - قال: «هذه خلاصة عن تأثير الشروط في أنواع العقود والتصرفات في الاجتهاد الحنفي، أوجزناها إيجازًا؛ لأنها لم يبق لها قيمة عملية لدينا؛ فإن الأحكام القانونية في قانوننا المدني، وقبله... قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني السابق لدينا، تقتضي صحة التعليق والتقييد والإضافة في جميع التصرفات والعقود. وهذا التعميم القانوني موافق لآراء ومذاهب اجتهادية في الفقه الإسلامي، كما في المذهب الحنبلي»[٣].

ومجال هذه القاعدة يشمل مختلف الأبواب الفقهية التي تندرج في أنواع الملك وأحكامها.

---

(١) انظر: قواعد الفقه لابن رجب ص ١٢٥، المغني لابن قدامة ٦/٢٦٨، الإنصاف ٤/٣٥٦، ٧/١٣٣

(٢) إعلام الموقعين ٣/٣٠٢.

(٣) المدخل الفقهي العام ٢/٥١٥.

أدلة القاعدة:

احتج الجمهور بأدلة منها:

١- قوله ﷺ: «لا يغلق الرهن... »[١] الحديث.

قال الجصاص – رحمه الله تعالى: «قد دل هذا الخبر أيضًا على أن عقود التمليكات لا تعلق على الأخطار؛ لأن شرطهم لملك الرهن بمضي المدة كان تمليكا معلقا على خطر وعلى مجيء وقت مستقبل[٢] فأبطل النبي ﷺ شرط التمليك على هذا الوجه فصار ذلك أصلا في سائر عقود التمليكات والبراءة في امتناع تعلقها على الأخطار»[٣].

قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»[٤].

هذا الحديث استدل به الزركشي على القاعدة قائلاً: «ولا يتحقق طيب النفس عند الشرط وما كان حلا محضا يدخله التعليق قطعا كالعتق»[٥].

٢- إنما حرم التعليق بالشرط في التمليكات لما فيه من المخاطرة فأشبه المقامرة؛ لأن مقتضى الشرط حصر المنفعة الحاصلة به بأحد الطرفين. وهذا بمثابة الميسر وهو يفضي إلى المنازعة[٦].

---

(١) رواه ابن ماجه ٢/٨١٦ (٢٤٤١) عن أبي هريرة رضي الله عنه. ورواه الإمام مالك في الموطأ ٢/٧٢٨ (١٣) عن سعيد بن المسيب مرسلا.

(٢) قال الجصاص قبل ذلك: "إنهم كانوا يوجبون استحقاق ملك الرهن للمرتهن بمضي الأجل قبل انقضاء الدين فقال ﷺ: «لا يغلق الرهن» أي لا يستحقه المرتهن بمضي الأجل" أحكام القرآن ٢/٢٦٧.

(٣) المصدر نفسه ٢/٢٦٨.

(٤) رواه أحمد ٣٤/٢٩٩ (٢٠٦٩٥)، والدارمي ٣/١٦٤٩ (٢٥٧٦) من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه رضي الله عنه.

(٥) المنثور ١/٣٣٧.

(٦) انظر: تبيين الحقائق ٤/١٣١، كشف الأسرار ٤/٢٧١، شرح المجلة العدلية للمحاسني ١/١٠٦، وعمدة ذوي البصائر لبيري زاده ١/٢٥٦/أ.

٣- إن انتقال الأملاك يعتمد الرضا والرضا إنما يكون مع الجزم ولا جزم مع التعليق[١].

واحتج ابن تيمية وابن القيم ومن وافقهما بأدلة، منها[٢]:

١- قال تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، والعقود لفظ عام يشمل جميعها مما اتفق عليه المتعاقدان إلا ما نهي عنه.

٢- قال رسول الله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا»[٣].

٣- قال رسول الله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[٤]. ولفظ كل من ألفاظ العموم فيشمل جميع الشروط التي لا تخالف القرآن الكريم[٥].

---

(١) الفروق – وما معه – للقرافي ١/٢٢٩. وانظر: المنثور ١/٣٧٤.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٣/٣٠٠ فما بعدها.

(٣) رواه الترمذي ٣/٦٣٤-٦٣٥ (١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٢/٧٨٨ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/٢٧ (٩٨)، والبيهقي في السنن الكبرى له ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه بلفظ "على شروطهم"، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علق البخاري قوله "المسلمون عند شروطهم" ٣/٩٢ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٢/٥٧ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما، والحديث مروي عن غيرهم من الصحابة. انظر: التلخيص الحبير ٣/٥٤.

(٤) رواه البخاري١/٩٨ (٤٥٦) وفي مواضع أخر، ومسلم ٢/١١٤٢ (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها بنحوه، والمذكور لفظ أحمد ٤٢/٥١٦ (٢٥٧٨٧)، والنسائي ٦/١٦٤ (٣٤٥١)، وابن ماجه ٢/٨٤٢ (٢٥٢١).

(٥) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء ١/٥٥٦، وشرح الخرقي للزركشي ٣/١٠، ٣٩٩، ٤٠٢، ٥/١٤١، ٧/٤٩٤، ٤٩٧، ٥٢٢، وتحرير المجلة لكاشف الغطاء ١/٧٤.

تطبيقات القاعدة :

١- لو قال لخصمه: إذا جاء غد فقد صالحتك على كذا، لا يصح الصلح؛ لأن الصلح في الأعيان تمليك، وتعليق التمليكات بالشرط باطل[١].

٢- لو قالت الزوجة المريضة لزوجها: إذا توفيت بهذا المرض فأنت في حل من مهري الذي في ذمتك ، فلا تكون الهبة صحيحة؛ لأن تعليق التمليكات بالشرط باطل[٢].

٣- إذا قال لغيره: إن أديت إلي خمسمائة، مثلاً، أو إذا أديت أو متى أديت فأنت بريء من باقي حقي، فحكمه أنه لا يصح؛ لأنه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك[٣]. وكذلك إذا قال له: إذا جاء غد فقد أبرأتك مما لي عليك من الدين كان ذلك باطلا لهذه القاعدة[٤].

٤- إن قال: إذا جاء رأس الشهر فله علي ألف لم يلزمه[٥]، بناءً على موجب هذه القاعدة.

٥- لو قال الواقف: أرضي هذه وقف إن كلمت فلانًا لم يصح الوقف لأنه تمليك ولا يصح تعليق التمليكات بالشرط[٦].

---

(١) انظر: لسان الحكام ص ٢٦٤.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٣٧٧.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥/٤٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٢٥. وهذا الحكم على قول من قال إن الإبراء تمليك، أما من قال إن الإبراء إسقاط فيجوز عندهم تعليق الإبراء بالشرط.

(٤) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٦٧

(٥) انظر: التنبيه للشيرازي ص ٢٧٥، المنثور ١/٣٧٥.

(٦) انظر: الموجبات للمحمصاني ٢/٢٠٣.

٦- لو قال شخص لآخر: إن قدم زيد فقد بعتك لا يصح البيع؛ بناءً على موجب هذه القاعدة[١].

٧- لو قال المؤجر للمستأجر: آجرتك داري إن جاء رأس الشهر، لم تصح الإجارة لأنها تمليك للمنفعة والتمليكات لا يصح فيها الاشتراط[٢].

٨- لو قال الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك إلى وقت كذا، وإلا فهو لك بدينك أو بيع بحقك لم يجز وهو رهن على حاله؛ لأن هذا تعليق التمليك (البيع) بالخطر وتعليق التمليك بالخطر لا يجوز[٣].

٩- إن قال المطلق طلاقًا رجعيًا وهي في العدة: راجعت زوجتي لعقد نكاحي إن امتنعت من شرب الدخان لا تصح الرجعة؛ لأن المراجعة تقييد والتقييدات تبطل بالشرط[٤].

استثناءات من القاعدة:

لو قال: بعت منك هذا إن رضي فلان به فإنه يجوز إذا وقته بثلاثة أيام؛ لأنه اشتراط الخيار للأجنبي، وهو جائز[٥].

محمد بشير الإدلبي

* * *

(١) انظر: الفروق للقرافي ١/٢٢٩، المنثور ١/٣٧٤.

(٢) انظر: المصدر السابق، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٥٤٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٤٨، البحر الرائق ٨/٢٨٦.

(٤) انظر: شرح المجلة، الأتاسي ١/٣٣٤.

(٥) انظر: تبيين الحقائق ٤/١٣١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣١٨.

المجموعة الثالثة: القواعد الفقهية الوسطى

الزمرة الرابعة: قواعد في العقد وتوابعه

ثالثًا: قواعد في مبطلات العقد

رقم القاعدة: ٩٤١

نص القاعدة: الْعَقْدُ يَبْطُلُ بِهَلَاكِ الْـمَعْقُودِ عَلَيْه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- بهلاك المعقود عليه يبطل العقد[٢].

٢- العقد إنما يبطل بتلف المعقود عليه[٣].

٣- العقد ينفسخ بهلاك المعقود عليه[٤].

٤- هلاك المعقود عليه يوجب بطلان العقد[٥].

٥- كل ما يعتبر تعيينه إذا تلف انفسخ العقد ولم يقم غيره مقامه[٦].

٦- العقد لا يبقى بعد فوات المعقود عليه[٧].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٧/٢٠٨.

(٢) الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٦/١٧٩، البحر الرائق لابن نجيم ٥/١٩٠.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٤٠١، تكملة المجموع للمطيعي ١٥/٩٠.

(٤) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/٣٥٠.

(٥) المحيط البرهاني لابن مازه ٨/١٣٢.

(٦) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٥.

(٧) المبسوط للسرخسي ٩/٦.

قواعد ذات علاقة :

١- غير ما عُيِّن لا يقوم مقام المعين في الإيفاء[١]. (أصل للقاعدة).

٢- الحق المتعلق بعين يسقط بتلفها من غير تفريط[٢]. (متكاملة).

٣- البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه[٣]. (أخص).

شرح القاعدة :

المراد ببطلان العقد: انفساخه وعدم الاعتداد به، بحيث لا يترتب عليه حكم.

والمعقود عليه - وهو ما يقع عليه التعاقد من عين أو منفعة - ركن أساسي من أركان العقد، ولا وجود للعقد إلا به؛ لأنه هو الغاية من العقد ومقصوده، وبه تتعلق أحكامه وآثاره.

ومعنى القاعدة: أن محل العقد إذا كان شيئًا معينا مشخصا بذاته، وكان مما يتعين بالتعيين، كالعروض والعقار والمثليات الموجودة في المجلس من المكيلات والموزونات ونحوها فإن العقد ينفسخ بتلف ذلك الشيء وهلاكه، ويجعل كأن لم يكن؛ لأن العقد يكون واقعا عليه بخصوصه؛ فيتعذر تنفيذه بعد هلاك محله؛ قال السبكي: «فائدة التعيين أنه ليس له أن يعطي غير ما عُيِّن في العقد، ومتى تلف قبل القبض انفسخ العقد، وإذا خرج مستحَقا بان بطلان العقد»[٤].

---

(١) المبسوط ١٥/١١٧.

(٢) الكافي لابن قدامة ١/٢٨٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) حاشية الشلبي على التبيين ٤/١٢٨.

(٤) الأشباه والنظائر للسبكي ٢/٢٧١.

وهلاك المعقود عليه قد يكون في العقود الفورية التي لا تتعلق بمدة، بل يتم تنفيذها فورا في الوقت الذي يختاره العاقدان؛ كالبيع المطلق والصلح والهبة وغيرها، وقد يكون في العقود المستمرة أي التي تدوم آثارها بدوام المحل، ويستغرق تنفيذها مدة ممتدة من الزمن؛ كالإجارة والإعارة والشركة والوكالة.

فأما هلاك المعقود عليه في العقود الفورية فإنه يفسخ العقد إذا كان قبل التمكن من القبض ويوجب التراجع فيما نفذ من التزامات؛ قال الإمام السرخسي: «هلاك المعقود عليه بعد العقد، قبل القبض يبطل العقد»(١)؛ كهلاك المبيع قبل التسليم - سواء كان بآفة سماوية أو من قبل البائع أو من قبل المبيع نفسه؛ كما لو كان حيوانا فقتل نفسه - يرفع العقد من الأصل ويكون كأن لم يبعه أصلا، ويوجب على البائع رد الثمن المقبوض.

وأما تلف المعقود عليه في العقود المستمرة فإنه يفسخ العقد مطلقا، سواء أكان قبل القبض أم بعده، إلا أنه يرفع العقد من حينه، لا من أصله؛ ففي عقد الإجارة إذا هلك المعقود عليه - كالأجير المعين والسيارة المعينة – فإن العقد ينفسخ في الزمان المستقبل، لا في الزمان الماضي، فيلزمه أجرة ما مضى بحسابه، وما لم يحصل فلا شيء عليه فيه. وكذلك الحكم إذا تلف رأس المال في عقد الشركة والمضاربة ونحو ذلك، فإن الانفساخ فيها يرفع العقد من حينه، لا من أصله(٢).

والعقود كما قال الإمام القرافي: «ثلاثة أقسام: منها ما يرد على الذمم فيكون متعلقه الأجناس الكلية دون أشخاصها ويحصل الوفاء بمقتضاها بأي فرد من أفراد ذلك الجنس فإن دفع فردًا منه فظهر مخالفته للعقد رجع بفرد غيره،

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣/٤٩.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٧/٢٨، ٢٩.

وتبينا أن المعقود عليه باق في الذمة إلى الآن حتى يقبض من ذلك الجنس فردًا مطابقًا للعقد هذا متفق عليه. **القسم الثاني**: مبيع مشخص الجنس فهذا معين وخاصيته أنه إذا فات ذلك المشخص قبل القبض انفسخ العقد اتفاقًا.... إلى أن يقول: **القسم الثالث**: من الأقسام الثلاثة ما لا هو معين مطلقًا ولا هو غير معين مطلقًا بل فيه شبه للطرفين وهو بيع الغائب على الصفة فهو من جهة أنه غير مرئي أشبه ما في الذمة ولذلك قيل ضمانه من البائع وهو من جهة أن العقد لم يقع على جنس، بل على مشخص معين أشبه المعين من هذا الوجه، ولذلك قيل ضمانه من المشتري»[١].

والقاعدة محل اتفاق بين الفقهاء في أصلها، فتلف المعقود عليه قبل القبض أو بعده في العقود المستمرة يفسخ العقد بالاتفاق[٢]؛ لفوات محله، وقد نقل شيخ الإسلام ابن تيمية الإجماع على ذلك في عقد الإجارة فقال: «ولهذا نقل الإجماع على أن العين المؤجرة إذا تلفت قبل قبضها بطلت الإجارة، وكذلك إذا تلفت عقب قبضها وقبل التمكن من الانتفاع.. وإن تلفت العين في أثناء المدة انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة دون ما مضى»[٣].

أما العقود الفورية إذا كان التلف فيها من ضمان المالك – كالبائع – فإن العقد ينفسخ أيضًا بتلف محل العقد، أما إذا كان قرار الضمان على الطرف الآخر من المشتري ونحوه فإن العقد لا ينفسخ؛ لأنه قد استوفى حقه بذلك؛ ففي عقد البيع إذا كان ضمان المبيع على البائع انفسخ العقد وإذا كان على المشتري لم ينفسخ العقد، وهو أمر متفق عليه بين الفقهاء من حيث الجملة؛

---

(١) الفروق للقرافي ٣/٢٥٣ وما بعده، في الفرق بين قاعدة ما يتعين من الأشياء وما لا يتعين في البيع ونحوه.

(٢) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٧/٢٩.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/٢٨٨، ٢٨٩، وانظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٦٢.

والخلاف في بعض الصور بين الفقهاء في انفساخ العقد بالتلف سببه الخلاف في الضمان هل ينتقل بمجرد العقد أم بالقبض، فقد اختلف الفقهاء في أثر هلاك المبيع إذا كان بآفة سماوية أو من قبل البائع أو من قبل المبيع نفسه قبل القبض: فقال الحنفية[(١)] والشافعية[(٢)] والزيدية[(٣)] بانفساخ العقد؛ لأنه من ضمان البائع. أما المالكية[(٤)] والحنابلة[(٥)] فقالوا: إذا كان المبيع مما فيه حق توفية لمشتريه - كالمكيل والموزون والمعدود- فينفسخ العقد بالتلف والضمان على البائع؛ لأن المبتاع ممنوع من تسلمه ولا يستطيع الانتفاع به إلا بعد التوفية، أما إذا كان المبيع ليس فيه حق توفية - كالمبيع الحاضر والثوب والصبرة من الطعام أو غيره والثمرة في رؤوس النخل - فلا ينفسخ العقد بالتلف، وينتقل الضمان إلى المشتري بالعقد الصحيح، وأما الإباضية فلهم في ذلك قولان، فقيل: يهلك من مال المشتري، وقيل: من مال البائع[(٦)].

أما إذا كان الهلاك بعد قبض المشتري، فإن العقد لا ينفسخ باتفاق؛ لأن الهالك ملك المشتري، والمالك هو الذي يتحمل تبعة الهالك، وعليه دفع الثمن للبائع.

أدلة القاعدة:

١- ما رواه جابر بن عبدالله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «إنْ

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٣٨.
(٢) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٧٨، شرح المحلي على المنهاج ٢/٢٦١.
(٣) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٣٦٨، التاج المذهب للعنسي ٢/٤٤٢.
(٤) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤/٢٥٠، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/١٨٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/١٤٧، حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٨٦.
(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٨٩، كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٤٢.
(٦) انظر: شرح النيل لأطفيش ٨/٥١٦.

بعت من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟!»[1]، وفي رواية أخرى عنه أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح[2]. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «فهذا الحديث أصل في أن تلف المبيع والمستأجر قبل التمكن من قبضه ينفسخ به العقد، فقد بين النبي ﷺ في هذا الحديث الصحيح أنه إذا باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل له أن يأخذ منه شيئا. ثم بين سبب ذلك وعلته فقال: «بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟!» وهذا دلالة على ما ذكره الله في كتابه من تحريم أكل المال بالباطل وأنه إذا تلف المبيع قبل التمكن من قبضه كان أخذ شيء من الثمن أخذ ماله بغير حق؛ بل بالباطل، وقد حرم الله أكل المال بالباطل؛ لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض. وهذا الحديث أصل في هذا الباب»[3]. وقال ابن الهمام: «فيه دليل على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن»[4]، ويقاس على البيع غيره من العقود.

٢- الإجماع؛ قال العلامة ابن الهمام: «بطلان العقد بهلاك المعقود عليه أمر مجمع عليه»[5].

٣- لأن العقد لو بقي لأوجب مطالبة المعوض، والتسليم هنا متعذر لتلف محله، فتمتنع المطالبة أصلا، فلم يكن في بقاء العقد فائدة، فينفسخ، ويسقط العوض[6].

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ٣/١١٩٠ (١٥٥٤).

(٢) رواه مسلم ٣/١١٩١.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/٢٦٨.

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٧/٨٩ بتصرف يسير.

(٥) فتح القدير ٩/٢١٠.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٣٨.

٤- لأن العقد تعلق بالعين، فينفسخ بتلفها[١]؛ لأن ما يثبت في العين تابع لوجودها، و«حكمه أن يبقى ببقاء العين»[٢]، ويسقط بفواتها.

تطبيقات القاعدة:

١- من استأجر دارا معينة أو مركبا معينا فتلفت عقيب قبضها، فإن الإجارة تنفسخ، ويسقط الأجر؛ لأن العقد يبطل بهلاك المعقود عليه[٣].

٢- هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع، فمن اشترى ثوبا فتلف قبل قبضه فإن البيع ينفسخ ويسقط الثمن، وذلك لأن العقد يبطل بهلاك المعقود عليه[٤].

٣- إذا هلك مال الشركة قبل أن يشتري الشريك شيئًا بطلت الشركة؛ لأن المعقود عليه في عقد الشركة هو المال المعين، وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد[٥].

٤- تنفسخ الإجارة للرضاع بموت المرضع؛ لفوات المنفعة بهلاك محلها[٦].

٥- لو عقد اثنان مسابقة على خيل معينة، ثم تلفت الخيل، بطل

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٩/٣٧٥.

(٢) التلويح على التوضيح للتفتازاني ٢/٣٥٣.

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر١/٤٩٢، الفروق للقرافي٢/١٣٣، المغني٥/٢٦٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٣٨، أسنى المطالب لزكريا النصاري ٢/٧٨.

(٥) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٦/١٧٩، فتح القدير لابن الهمام ٦/١٧٩.

(٦) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٩٠، المبدع لابن مفلح ٤/٤٤١، كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٧. وانظر أيضًا: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٤٨٨.

العقد؛ لأن «كل ما يعتبر تعيينه إذا تلف انفسخ العقد ولم يقم غيره مقامه»[١].

٦- لو تلف المرهون بآفة سماوية أو بفعل من لا يضمن بطل الرهن لفوات محله[٢].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) المغني لابن قدامه ٣٧٥/٩.

(٢) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٠١/٥، شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين مع حاشية قليوبي ٣٤٨/٢-٣٤٩.

رقم القاعدة: ٩٤٢

نص القاعدة: العَقْدُ إِذا تَعَذَّرَ إِمْضَاؤُه يَنْفَسِخُ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- كل عقد تعذر إمضاؤه فسخناه[٢].

٢- إذا تعذر إمضاء العقد فسخ[٣].

٣- إذا تعذر استيفاء المعقود عليه ثبت له الفسخ[٤].

٤- ينفسخ العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه[٥].

قواعد ذات علاقة:

١- العقد يبطل بهلاك المعقود عليه[٦]. (أخص).

---

(١) الرتبة في طلب الحسبة للماوردي ص ٢٥٥.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٩٦/٢.

(٣) انظر: المهذب للشيرازي ٤٢٠/١، الوسيط للغزالي ١٨٦/٧، تكملة المجموع للمطيعي ٨٠/١٥، الكافي لابن قدامة ٥٨/٢. وفي لفظ: "إذا تعذر إمضاء العقد لغا" مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١٦١/٣.

(٤) انظر: المبدع لابن مفلح ٥١/٥.

(٥) انظر: عقد الإيجار لمدكور ص ٧١، ٢٤٧.

(٦) المبسوط للسرخسي ٢٠٨/٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- كل عقد فاسد ففسخه واجب[١]. (أخص).

٣- الضرر عذر في فسخ العقد اللازم[٢]. (متكاملة).

٤- إذا فسخ العقد فسخ ما في ضمنه[٣]. (متكاملة).

٥- كل ما تستوفى منه المنفعة تنفسخ الإجارة بتلفه[٤]. (أخص).

شرح القاعدة :

التعذر هو العجز والامتناع عن المضي في موجب العقد، كأن يتلف المعقود عليه قبل تمام العقد، أو يطرأ على العقد ما يوجب فساده.

ومعنى القاعدة: أنه إذا وجد في أثناء العقد وقبل تمامه سبب يتعذر ويمتنع معه استمراره ودوامه حسًّا، أو يحظر المضي فيه لحق الشرع، فإنه ينفسخ ويبطل، ويعتبر كأن لم يكن.

والأصل في العقود اللزوم والبقاء والاستمرار، لكن قد يطرأ على العقد من الأسباب ما يسوِّغ فسخه وإبطاله[٥]. وهذه الأسباب منها ما يثبت لأحد

---

(١) فتح العلي المالك لمحد عليش ٢/٢٣٥، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله ولا يجوز تقريره".

(٢) المبسوط ٢٣/٢٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: الفروق للكرابيسي ٢/٩١.

(٤) البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢/٢٩٥.

(٥) قال الإمام النووي: "قال أصحابنا: إذا انعقد البيع، لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب: خيار المجلس، والشرط، والعيب، وخلف المشروط المقصود، والإقالة، والتحالف، وهلاك المبيع قبل القبض" - روضة الطالبين ٣/١٥٩ - ومنهم من أضاف إليها أسبابا أخرى، منها: "تعذر إمضاء العقد، كما في اختلاط الثمار، وبيع الصبرة بالصبرة المخالفة لها مكايلة" تكملة المجموع للسبكي ١٢/٣٧٥، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٢٧٢.

وفي الموسوعة الفقهية الكويتية: "أسباب الفسخ خمسة: إما الاتفاق أو التراضي ومنه الإقالة، وإما الخيار، وإما عدم اللزوم، وإما استحالة تنفيذ أحد التزامات العقد المتقابلة، وإما الفساد" ٣٢/١٣٣.=

العاقدين – أو كليهما - حق الفسخ، ويكون له الخيار، فإن شاء أن يفسخ العقد، ويتراجع عنه فعل، وإن شاء أن ينفذه كان له ذلك. ومنها ما يتعذر ويمتنع معه نفاذ العقد وإمضاؤه وبقاؤه، وهذه الأسباب تنقسم – بشكل عام - إلى قسمين:

الأول: التعذر لأمر محسوس. وعلى رأس أسباب الفسخ للتعذر الحسي هلاك المعقود عليه، فإن «الغالب أن التعذر إنما يكون بسبب التلف»[(١)].

والثاني: التعذر لحق الشرع؛ «إذ لا فرق بين تعذر العمل بالتلف، وبين تعذره بالحظر»[(٢)]، وقد تقرر شرعًا أن «المتعذر شرعًا كالمتعذر حسًا»[(٣)]، فإذا طرأ على العقد ما لايجوز معه دوامه، واستحال أحد الالتزامات العَقْدية انفسخ العقد واعتبر لاغيًا؛ لأن الالتزام المقابل يصبح بلا سبب[(٤)]، مثل طروء الردة على عقد الزواج، أو ثبوت الرضاع بين الزوجين، ونحو ذلك من الأسباب الموجبة لفسخ العقد.

والأصل في انفساخ العقود لتعذر إمضائها أن يقع الفسخ إثر وجود السبب، بدون الحاجة إلى حكم الحاكم، لكن قد يرفع الأمر للحاكم عند الحاجة، كوجود النزاع فيه، أو فيما لو احتاج إلى النظر في كون السبب مما يتعذر معه الحكم أو لا. وبذلك يعلم أن المراد بكلمة «فسخناه»، أو «فسخ» في

= ومرادهم بالاستحالة هنا الاستحالة الحسية، وقد قلنا إن الاستحالة الحسية، وكذا الفساد (الاستحالة الشرعية) تدخلان في معنى التعذر في هذه القاعدة.

(١) شرح مختصر خليل للخرشي ٧/٣٠.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٣٩٤.

(٣) الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين ١٠/١٨١. ونحوه في فقه الصادق لمحمد صادق الروحاني ٢/٣٧٣.

(٤) تجدر الإشارة إلى أن العقد الفاسد عند الحنفية ليس فيه طريان ما يوجب فسخه، بل هو منعقد فاسدًا ابتداءً، ويجب فسخه ورده لحق الشرع.

بعض صيغ القاعدة، أي اعتبرناه مفسوخًا، لا أن فسخه يتوقف على إرادة العاقد، أو على قضاء القاضي ابتداءً.

ويتبين مما سبق أن رفع العقد للأعذار غير رفعه للتعذر، فالرفع والفسخ في الأول اختياري، وتعبر عنه قاعدة «الضرر عذر في فسخ العقد اللازم»، بينما الفسخ في الثاني تلقائي وإلزامي، وتختص به هذه القاعدة التي بين أيدينا[١].

كما أن رفع العقد بالأعذار خاص بالعقود اللازمة، أما رفعه بالتعذر فيعم العقود اللازمة، والعقود الجائزة جميعًا.

وقد اتفق الفقهاء على اعتبار هذه القاعدة – في الجملة – مع اختلافهم في بعض الأسباب هل هي مما يتعذر معه إمضاء العقد أو لا.

وهذه القاعدة تتفرع منها قواعد أخرى، مثل: «العقد يبطل بهلاك المعقود عليه» فإنها خاصة بانفساخ العقد وبطلانه بسبب هلاك المعقود عليه، وهذا السبب وإن كان هو السبب الأكبر؛ غير أنه ليس هو السبب الوحيد لانفساخ العقود، بل التعذر أعم من التلف، فيشمل ضياع المعقود عليه، والمرض والغصب، وغلق الحوانيت قهرًا - في عقد الإجارة – وغير ذلك[٢]، على اختلاف بينهم في اعتبار بعضها من موانع إمضاء العقد، كما تقدم.

ومعلوم أن العقد إذا انفسخ أو حكم بفسخه يرتفع حكمه بالكلية، وتزول جميع آثاره وما كان يترتب على إمضائه، وهذا ما تشير إليه القاعدة الأخرى: «إذا فسخ العقد فسخ ما في ضمنه».

---

(١) ويمكن أن يقال إن العذر نوعان: نوع يمنع المضي في مقتضى العقد فينفسخ العقد بنفسه ولا يحتاج فيه إلى الفسخ، ونوع لا يمنع المضي فيه لكن يكون فيه ضرر بأحد العاقدين، فيحتاج فيه إلى الفسخ، والنوع الأول هو مدار هذه القاعدة. انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٨/ ٤٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ٢٠٠، الشرح الصغير للدردير ٤/ ٩٤، الموسوعة الفقهية ١/ ٢٦٢، ٦/ ٣١٢، ٧/ ٣٤، ٣٥، ٣٠/ ٢٤٣.

أدلة القاعدة :

١- حديث جابر بن عبدالله - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: «إن بعت من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟!»[(١)]. قال ابن تيمية رحمه الله تعالى: إن هذا الحديث هو «الأصل في أن تلف المبيع والمستأجر قبل التمكن من قبضه ينفسخ به العقد»[(٢)]، ويقاس على البيع والإجارة سائر العقود.

٢- ويدل لها من المعقول أن العقد إنما شرع لمصلحة العاقدين بترتب آثاره عليه، فإذا استحال تنفيذه فلا معنى لبقائه، لخلوه عن فائدة فينتقض ضرورة[(٣)]؛ إذ لا وجه لبقائه في حق أحد المتعاقدين دون الآخر؛ لأن في ذلك إضرارًا به، كما لا وجه لوقفه؛ «لأن وقفه على الدوام مضر بهما، فكان فسخه أصلح لينتفع كل واحد منهما بما بذله»[(٤)].

تطبيقات القاعدة :

١- إذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذها حتى حدثت ثمرة أخرى واختلطتا ولم تتميزا، أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى، انفسخ البيع؛ لتعذر تسليم المستحق بالعقد[(٥)].

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ٣/١١٩٠ (١٥٥٤).

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٦٨/٣٠.

(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٤٢/٨.

(٤) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٩٦/٢.

(٥) هذا هو الصحيح من الوجهين عند الشافعية. انظر: المهذب للشيرازي ٢٨٢/١، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٩٦/٢. وراجع أيضًا: الشرح الكبير لعبد الرحمن ابن قدامة ٢٢٧/٤.

٢- لو تنازع العاقدان في وصف من أوصاف العقد أو المعقود عليه – كالاختلاف في الأجرة، أو مدة الإجارة، أو المنفعة، أو قدرها، أو نحو ذلك - ولم يكن لأحدهما بينة فعرضت اليمين عليهما فحلفا، انفسخ العقد؛ لأنه تعذر إمضاؤه، وكل عقد تعذر إمضاؤه فسخناه[١].

٣- لو استأجر من يستوفي له القصاص، ثم عفا عن الجاني انفسخ العقد؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ[٢].

٤- لو أسلمت زوجة الكتابي قبل زوجها وقبل الدخول بها انفسخ النكاح بينهما فورًا بالإجماع؛ لتعذر بقاء المسلمة تحت الكافر شرعًا[٣].

٥- من استأجر طبيبا للتداوي من مرض معين – كقلع الضرس، أو قطع العضو الفاسد- فبرئ قبل أن يقوم الطبيب بالعمل، انفسخ العقد؛ لتعذر استيفاء المعقود عليه[٤].

٦- لو ادعى حقا في دار في يدي رجل فصالحه من ذلك على سيارة – مثلاً - فهو جائز؛ لأن المصالح عليه مقدور التسليم معلوم، فإن تلفت السيارة قبل القبض بطل الصلح؛ لتحقق فوات المعقود عليه لا على عوض[٥].

---

(١) انظر: قواعد الأحكام ٩٦/٢، روضة الطالبين للنووي ٤٩٨/٣، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤٢٩/٢، جواهر الكلام لمحمد حسن النجفي ٢٠٣/٢٣.

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣٠/٤، تكملة المجموع للمطيعي ٨٠/١٥.

(٣) انظر: البحر الزخار لأحمد بن يحيى المرتضى ٧٢/٤، التاج المذهب للعنسي ٨٠/٢، المحلى لابن حزم ٣١٢/٧، الموسوعة الفقهية ٧٥/١٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٩٨/٤، جواهر الإكليل للمواق ١٥٣/٢، والمهذب للشيرازي ٤٠٦/١، الشرح الكبير لابن قدامة ٧٢/٦، الموسوعة الفقهية ١٣٨/١٢.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤٥/٢٠.

٧- لو فسدت الأرض المستأجرة بجائحة أبطلت قوة الإنبات في مدة الإجارة انفسخت الإجارة في المدة الباقية[١]؛ لتعذر إمضاء العقد.

٨- لو باع ذمي من ذمي خمرا أو خنزيرا، ثم أسلما، أو أسلم أحدهما قبل القبض انتقض البيع بينهما وانفسخ؛ لتعذر القبض بالإسلام[٢].

٩- إذا مات الوكيل أو الموكل، أو الشريك، انفسخ العقد باتفاق الفقهاء؛ لتعذر المضي فيه بموت أحد العاقدين في العقود الجائزة[٣].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر: روضة الطالبين للنووي ٥/٢٤٠. وراجع أيضًا: المغني لابن قدامة ٥/٢٣٦.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٨٨.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية ٧/٣١. وراجع أيضًا: شرح النيل لأطفيش ٩/١٥٣ - ١٥٤، ٥١٦، المحلى لابن حزم ٨/٢٤٦.



رقم القاعدة: ٩٤٣

نص القاعدة: مُجَرَّدُ النِّيَّةِ لَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- العقود لا يفسدها نية العاقدين[٢].

٢- العقد الصحيح هل يفسد بمجرد النية؟[٣].

قواعد ذات علاقة:

١- أحكام الدنيا على الظاهر[٤]. (معللة بها).

٢- مجرد النية لا عبرة به في أحكام الشرع ما لم يتصل به الفعل[٥]. (أعم).

٣- مجرد النية غير مفسد[٦]. (أعم).

---

(١) الكافي لابن قدامة ٥٩/٣.

(٢) انظر: الأم للشافعي ٣١٣/٧.

(٣) انظر: الدليل الماهر الناصح للولاتي ص ٦٢.

(٤) التمهيد لابن عبد البر ١٥٧/١٠، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٤٦/١٠، فتاوى الرملي ٣٥٦/٤. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الحكم ينبني على الظاهر ما لم يتبين خلافه".

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٩٢/٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) بدائع الصنائع ٢٣٥/١. ووردت في تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٢٦٨/٥ بلفظ: "لا يضر إضمار المبطل".

٤- كل من ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل[١]. (مخالفة).

٥- الأصل أن المتعاقدين إذا صرحا بجهة الصحة صح العقد، وإذا صرحا بجهة الفساد فسد، وإذا أبهما صُرِف إلى الصحة[٢]. (أعم).

٦- كل ما لا يجوز التصريح بشرطه في العقد يكره قصده[٣]. (مكملة).

٧- النية من غير فعل لا توجب الضمان[٤]. (مكملة).

شرح القاعدة:

تصرفات المكلفين القولية والفعلية لا تأتي عفوا، بل تكون لها مقاصد وبواعث تحمل المرء على إنشاء ذلك التصرف، وتدفعه إلى إيقاعه، وهذا القصد قد يكون موافقا لقصد الشارع، وقد يكون مخالفا له، فالنكاح - مثلاً - قد يقصد منه المكلف غايته الشرعية، إذ هو «مشروع للتناسل، وطلب السكن، والازدواج، والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية؛ من الاستمتاع بالحلال، وقيام المرأة على أولاده منها أو من غيرها، والتحفظ من الوقوع في المحظور من الشهوة، وما أشبه ذلك»[٥]، وقد لا يقصد شيئًا من ذلك، بل يتزوج مطلَّقةَ الغير ثلاثًا، بقصد أن يطلقها بعد الدخول بها ليحِلَّ للزوج الأول نكاحها، وهو قصد غير مشروع. فهل يكون هذا القصد الباطن مؤثرا في العقد فيؤدي إلى إبطاله وعدم ترتب أثره عليه مع توفر أركانه وشروطه أم لا؟ هذا ما تبينه القاعدة.

---

(١) الموافقات للشاطبي ٢/٣٣٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد المقاصدية.

(٢) أصول الإمام أبي الحسن الكرخي ص ١١٣ مع تأسيس النظر، وانظر قاعدة: "الأصل حمل العقود على الصحة" في قسم القواعد الفقهية.

(٣) تكملة المجموع للسبكي ١٠/١٥٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) الجوهرة النيرة للحدادي ١/٣٤٨. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) الموافقات للشاطبي ٢/٣٩٦.

ومعنى القاعدة: أن القصد الباطن الذي يؤثر في فساد العقد وصحته إذا لم يكن متضمَّنا في صيغة العقد فلا تأثير له في إبطال العقد؛ إذ العبرة في العقود بظواهرها، فإذا كان العقد مستوفيا لشروطه وأركانه الظاهرة، وكان سليما من المفسدات، فلا يبحث عن النية الباطنة، ولو حُفَّ العقد بما يدلُّ عليها من قرائن وملابسات، فلا يبطل البيع لمن يعلم أنه قد يستخدم المبيع في أمر محرم، ما دام أن المشتري لم يصرح بذلك، وإن كان المشتري يأثم بنيته؛ وذلك لأن استخدام المبيع في أمر محرم ليس من مستلزمات العقد، ولعل المشتري لا يستعمل ذلك الشيء في المحرم؛ قال الشافعي: «إنه لا يَفسد عقد أبدا إلا بالعقد نفسه، لا يفسد بشيء تقدمه، ولا تأخره، ولا بتوهم، ولا بأغلب، وكذلك كل شيء لا نفسده إلا بعقده، ولا نفسد البيوع بأن يقول هذه ذريعة، وهذه نية سوء، ... ألا ترى أن رجلا لو اشترى سيفا، ونوى بشرائه أن يقتل به، كان الشراء حلالا، وكانت النية بالقتل غير جائزة، ولم يبطل بها البيع، وكذلك لو باع البائع سيفا من رجل يراه أنه يقتل به رجلا كان هكذا»[(١)].

وهذا الحكم يتعلق بالعقد من حيث الصحة والفساد، أما من حيث الحكم التكليفي فلا خلاف بين الفقهاء في أن مدار حِلِّ الفعل وحرمته هو القصد؛ إذ «النية رأس الأمر وعموده، وأساسه وأصله الذي عليه يبنى؛ فإنها روح العمل وقائده وسائقه، والعمل تابع لها يبنى عليها»[(٢)]، وعليه فمن نظر إلى الأجنبية بقصد الخطبة والنكاح، جاز له ذلك، ومن نظر إليها بقصد التشهي حرم عليه، وكذلك العقود تؤثر فيها النية الباطنة من حيث الجملة، فيحرم بيع الشيء لمن يعلم أنه يعصي الله تعالى به، فإن شك في ذلك أو توهمه منه فالبيع له مكروه، «وإنما حرم أو كره؛ لأنه سبب لمعصية محققة أو مظنونة، أو لمعصية مشكوك

---

(١) الأم للشافعي ٧/٣١٢-٣١٣.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٤/١٥٢.

فيها أو متوهمة»[١]، «ويحرم كل تسبب في معصية وإعانة عليها»[٢]، ولكن: «لا يلزم من الحرمة عدم الصحة؛ كالبيع وقت نداء الجمعة؛ فإنه صحيح مع الحرمة»[٣].

والقاعدة محل إعمال عند فقهاء الحنفية[٤] والشافعية[٥]، فلا تأثير للقصد الفاسد عندهم في إبطال العقد إلا إذا كان مصرحا به في صيغة التعاقد؛ كالاستئجار على الغناء والنوح والملاهي وغيرها من المعاصي، فإذا لم يصرح به في صيغة العقد، فالعقد صحيح؛ لوجود أركانه الأساسية من إيجاب وقبول، وأهلية المحل لحكم العقد، «والعقد متى صدر من أهله في محله كان صحيحا»[٦].

وأما المالكية فلهم في ذلك قولان، ولذلك وردت القاعدة عندهم بالصيغة الاستفهامية: «العقد الصحيح هل يفسد بمجرد النية؟»[٧]، قال أبو العباس القرطبي في شرح حديث «من الكبائر شتم الرجل والديه»[٨]: «فيه دليل على أن سبب الشيء قد ينـزله الشرع منزلة الشيء في المنع؛ فيكون حجة لمن منع بيع العنب ممن يعصره خمرا، ومنع بيع ثياب الحرير ممن يلبسها، وهي لا

---

(١) شرح منهج الطلاب للأنصاري مع حاشية الجمل ٣/٩٣.

(٢) تحفة المحتاج للهيتمي٤/٣١٧. وانظر للتفصيل في معرفة درجات الإعانة على المعصية والتسبب فيها: بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني ص ٣٥٨- ٣٥٩.

(٣) حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ٥/٤٩٠.

(٤) انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢١٣، الأموال ونظرية العقد لمحمد يوسف موسى ص ٢٧٢. والمصادر الواردة في تطبيقات القاعدة.

(٥) انظر: الأم ٧/٣١٢-٣١٣. والمصادر الواردة في تطبيقات القاعدة.

(٦) المبسوط للسرخسي ٣٠/١٣٥.

(٧) انظر: الدليل الماهر الناصح للولاتي ص٦٢.

(٨) رواه مسلم في صحيحه ١/٩٢ (٩٠) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه.

تحل له، وهو أحد القولين لنا»[١]، قال الأبي: «والمذهب في هذا سد الذرائع كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد قطع الطريق على المسلمين، أو إثارة الفتنة بينهم»[٢]، وقال الشاطبي: «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل. أما أن العمل المناقض باطل فظاهر، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح، ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة، ولا درء مفسدة»[٣].

وذهب الحنابلة إلى بطلان العقد بالنية الفاسدة؛ قال ابن اللحام: «المذهب المنصوص عن أحمد الذي نقله الجماعة: أنه لا يصح بيع ما قصد به الحرام؛ كالعصير لم يتخذه خمرا ونحوه»[٤]، وقال ابن القيم: «المتكلم بصيغ العقود... إن قصد ما لا يجوز قصده كالمتكلم بنكحت وتزوجت بقصد التحليل، وبعت واشتريت بقصد الربا ...، فهذا لا يحصل له مقصوده الذي قصده، وجعل ظاهر اللفظ وسيلةً إليه، فإن في تحصيل مقصوده تنفيذًا للمحرّم، وإسقاطًا للواجب، وإعانةً على معصية الله تعالى، ومناقضة لدينه وشرعه»[٥]. وهذا المعنى هو ما قرره صاحب منظومة أصول الفقه وقواعده بقوله:

«وكل شرط مفسد للعقد   بذكره يفسده بالقصد»[٦].

---

(١) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم للقرطبي ١/٢٨٥.
(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب ٤/٢٥٤.
(٣) الموافقات ٢/٣٣٣.
(٤) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ٢٤. وانظر: المغني لابن قدامة ٤/١٥٤، كشاف القناع للبهوتي ٣/١٨١.
(٥) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٩٨.
(٦) منظومة أصول الفقه وقواعده للعثيمين ص ٢٨.

وأما الظاهريّة فهم يوافقون الحنفية والشافعية في أن العبرة بظاهر اللفظ أيضًا، دون النية الباطنة؛ إذ المستقرئ لأقوالهم في ذلك يجد أنهم «أجروا عقود الناس وتصرفاتهم على ظاهرها، دون التفات إلى نية مستورة، أو باعث خفي»[١]، ومن الفروع التي تبين هذا الاتجاه قول ابن حزم في بيوع الآجال والعِينة: «من باع سلعة بثمن مسمى، حالَّةً، أو إلى أجل مسمّى، قريبًا أو بعيدًا، فله أن يبتاع تلك السلعة من الذي باعها منه، بثمن مثل الذي باعها به منه، وبأكثر منه، وبأقل حالاً، وإلى أجل مسمى، أقرب من الذي باعها منه إليه، أو أبعد ومثله، كل ذلك حلال، لا كراهية في شيء منه، ما لم يكن ذلك عن شرط مذكور في نفس العقد؛ فإن كان عن شرط، فهو حرام مفسوخ أبدًا، محكوم فيه بحكم الغصب»[٢]، ومن قوله بصحة النكاح الذي يقصد به التحليل، ما لم يشترط ذلك في العقد[٣]. أما عدم تصحيحه لبيع العنب لمن يوقن أنه يتخذه خمرا، وبيع السلاح لمن يعلم يقينا أنه يعصي الله به ونحوهما، فليس لاعتبار النية الباطنة، بل لأنه إعانة على الحرام، وهو محرم بنص القرآن، ولذلك لم يمنع منه بمجرد الظن والتوهم؛ قال ابن حزم: «لا يحل بيع شيء ممن يوقن أنه يعصي الله به أو فيه، وهو مفسوخ أبدا؛ كبيع كل شيء ينبذ أو يعصر ممن يوقن بها أنه يعمله خمرا، وكبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن أنه يدلس بها، أو كبيع السلاح أو الخيل: ممن يوقن أنه يعدو بها على المسلمين، أو كبيع الحرير ممن يوقن أنه يلبسه، وهكذا في كل شيء؛ لقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [سورة المائدة: ٢]، والبيوع التي ذكرنا تعاون ظاهر على الإثم والعدوان، بلا تطويل، وفسخُها تعاون على البر والتقوى. فإن لم

---

(١) مجموعة بحوث فقهية لعبد الكريم زيدان ص ٢٥٧.

(٢) المحلى لابن حزم ٥٤٨/٧.

(٣) انظر: المحلى ٤٢٢/٩ و ١٩٥/١٢.

يوقن بشيء من ذلك فالبيع صحيح؛ لأنه لم يُعِن على إثم، فإن عصى المشتري الله تعالى بعد ذلك فعليه»[١].

أدلة القاعدة:

١- قاعدة «أحكام الدنيا على الظاهر»[٢].

٢- لأن النية حديث نفس، وقد وُضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم، فقد ينوي الشيء، ولا يفعله، وينويه ويفعله؛ فيكون الفعل حادثا غير النية[٣].

تطبيقات القاعدة:

١- لو نكح امرأة قد بانت بالثلاث، ونيته أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها فيحللها لزوجها، من غير أن يشترط ذلك في العقد فالنكاح ثابت، ولا تفسد النية من النكاح شيئا[٤]، وخالف في ذلك المالكية والحنابلة والإباضية وغيرهم فنصوا على فساد النكاح، وأن المرأة لا تحل بذلك للزوج الأول[٥].

---

(١) المحلى ٥٢٢/٧.

(٢) التمهيد لابن عبد البر١٥٧/١٠، تحفة المحتاج للهيتمي ١٤٦/١٠، فتاوى الرملي ٣٥٦/٤. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الحكم ينبني على الظاهر ما لم يتبين خلافه".

(٣) الأم للشافعي ٨٦/٥.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٩/٦، بدائع الصنائع للكاساني ١٨٧/٣، الأم ٨٦/٥، التاج المذهب للعنسي ٢٠٧/٢.

(٥) انظر: الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي ٢٨/٢، كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن المالكي ٧٥/٢، المغني ١٣٨/٧، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦٦٧/٢، شرح النيل لأطفيش ٣٧٤/٧-٣٧٥.

٢- من ابتاع سلعة في بيع الوفاء، وفي نيته أنه متى رد البائع الثمن فالسلعة له، دون أن يشترط ذلك على البائع فالعقد صحيح، ولا يؤثر فيه النية الباطنة؛ لأن العبرة للملفوظ نصا، دون القصد الباطن[1].

٣- إذا باع الخشب لمن يعلم أنه يتخذ منه الملاهي التي تصد عن ذكر الله تعالى كان البيع صحيحا[2]، ولكن يأثم الفاعل.

٤- إذا أقرض من يغلب على ظنه أنه سيصرفه في معصية الله تعالى صح القرض، ويملكه الآخذ، ولا يؤثر في ذلك فساد نيته، لكنه يأثم على نيته[3].

٥- إذا قام أحد بشراء سيارة معينة من المصرف مرابحة بثمن مؤجل، وفي نيته أنه يبيعها للمصرف مرة ثانية فالعقد صحيح إذا لم يكن في العقد ما يدل على النية والقصد، وذلك لأن العبرة بالألفاظ الظاهرة، وهي سليمة من الشرط الفاسد، دون النية الباطنة؛ قال الإمام النووي: «الاعتبار عندنا بظاهر العقود، لا بما ينويه العاقدان، ولهذا يصح بيع العينة»[4]، ولكنه يكره؛ للخلاف في صحة العينة، وهذا عند الشافعية[5]. وذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة

---

(١) انظر: ترتيب اللآلئ لناظر زاده ٢/٨٥٥، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/١٥٧.

(٢) انظر: تحفة المحتاج للهيتمي ٤/٣١٧، نهاية المحتاج للرملي ٣/٤٧١، حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ٣/٩٢.

(٣) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري٢/١٤٠، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٢٩.

(٤) المجموع للنووي ٩/٣١٤.

(٥) انظر: روضة الطالبين للنووي ٣/٤١٩، أسنى المطالب٢/٤١، مغني المحتاج ٢/٣٩٦.

وغيرهم إلى فساد البيع[١]؛ لما ورد من النهي عنه[٢]، ولأنه ذريعة إلى الربا.

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

(١) انظر: سبل السلام للصنعاني ٢/٥٧-٥٨، بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٩٨، رد المحتار لابن عابدين ٥/٣٢٦، شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٩٣، الشرح الصغير للدرديرمع حاشية الصاوي ٣/١١٧-١١٨، منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش٥/٧٨، المغني لابن قدامة ٤/١٢٧، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٢٥.

(٢) وذلك في الأثر الذي أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٣٣٠ عن أبي إسحاق قال: "دخلت امرأتي على عائشة، وأم ولد لزيد بن أرقم، فقالت لها أم ولد زيد: إني بعت من زيد عبدا بثمانمائة نسيئة، واشتريته منه بستمائة نقدا، فقالت عائشة رضي الله عنها: أبلغي زيدا: أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله ﷺ إلا أن تتوب، بئسما شريت، وبئسما اشتريت". قال الكاساني في بدائع الصنائع ٥/١٩٩: "ألحقت- عائشة رضي الله عنها- بزيد وعيدا لا يوقف عليه بالرأي، وهو بطلان الطاعة بما سوى الردة، فالظاهر أنها قالته سماعا من رسول الله ﷺ. ولا يلتحق الوعيد إلا بمباشرة المعصية، فدل على فساد البيع".



رقم القاعدة: ٩٤٤

نص القاعدة: الْمَعْدُومُ لَيسَ بِمَحَلٍّ لِلْعَقْدِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- المعدوم لا يكون محلا للعقد[٢].

٢- المعدوم لا يصلح عوضا في العقود[٣].

٣- العقد على المعدوم لا ينعقد أصلا[٤].

٤- المعدوم لا يصلح محلا لحكم العقد والإضافة إليه[٥].

٥- لا يصح العقد على معدوم[٦].

٦- المعدوم لا يدخل تحت العقد[٧].

---

(١) المبسوط للسرخسي١٥/ ٧٤.

(٢) انظر: إبراز الضمائر للأزميري ١/ ٢٣٧.

(٣) جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ١/ ٢٠١.

(٤) المبسوط للسرخسي١١/ ١٤٣.

(٥) الذخيرة البرهانية لابن مازه ٦/ ١٨٤.

(٦) انظر: الكافي في فقه الحنابلة لابن قدامة ٢/ ٢٩١، المغنى له أيضًا ٥/ ٢٣٤.

(٧) الفروق للكرابيسي ٢/ ٨٦.

القواعد ذات العلاقة :

١- الأصل في كل معدوم بقاؤه على عدمه[١]. (أصل).

٢- العقد على المجهول يفسد العقد[٢]. (أخص).

٣- عقد المعاوضة على المعدوم لا ينعقد ولا يلتزم[٣]. (متفرعة).

٤- ما لا قيمة له كالمعدوم[٤]. (مكملة).

٥- تمليك المعدوم ممتنع[٥]. (أعم).

٦- البيع إنما ينعقد على ما هو موجود[٦]. (متفرع).

٧- لا ينعقد بيع المعدوم قبل وجوده ولا بيع ما هو ملحق بالمعدوم[٧]. (متفرع).

شرح القاعدة :

المراد بالمعدوم في هذه القاعدة ما كان غير موجود حسا وواقعا، وما هلك أو استُهلك بعد أن كان موجودا[٨]، وما كان غير منتفع به (أي غير متقوم) أو كان منهيًّا عنه شرعا وإن كان موجودا متعيِّنا بالفعل.

---

(١) نفائس الأصول للقرافي ٤/٧٠٨، وانظر قاعدة: "الأصل في الأمور العارضة العدم" في قسم القواعد الفقهية.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٨/١٦٧ (بتصرف) وانظر قاعدة: "عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة" في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٥/١٠٨.

(٤) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٥) نهاية المحتاج للرملي ٦/٤٣. وفي لفظ: "المعدوم غير مملوك" شرح النيل لأطفيش ١٢/٣٠٧.

(٦) الذخيرة البرهانية لابن مازه ٥/٩٣.

(٧) عقد البيع لمصطفى الزرقاء ١/٢٩.

(٨) موسوعة القواعد للبورنو ٣/١١٨- ١٠/٧٤٥.

فالمعدوم أصلا منتفٍ ليس بشيء ولا عين ولا نفس[١]، وهو غير قابل للتمليك والتملُّك ولا التسلِيم والتسلُّم، يقول الكاساني: «المعدوم لا يحتمل التسليم»[٢]، فهو إذا لا يصلح محلا لورود العقد عليه. ولذلك وردت أحاديث كثيرة عن النبي ﷺ تنهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده وما لا يملكه[٣]، قال ابن القاسم: «لا يجوز للرجل أن يبيع ما ليس عنده بعين ولا بعرض إلا أن يكون على وجه السلف مضمونا عليه إلى أجل معلوم تتغير في مثله الأسواق»[٤].

وأما ما هلك أو استُهلك، فقد أُعدم بعد أن كان موجودا، والعبرة بحال المبيع عند إبرام العقد لا بما كان عليه، لذلك اشترط الفقهاء وجود المبيع عند التعاقد.

وأما ما كان غير متقوِّم، فلأنه لا منفعة فيه أصلا أو فيه منفعة قليلة لا اعتبار لها في عرف الناس أو سقطت منفعته لخسته وحقارته، أو فيه منفعة منع الشارع منها، وقد نصت القاعدتان من ذوات العلاقة على أن «ما لا قيمة له كالعدم»، وأن «المعدوم شرعا كالمعدوم حسا»، فلا يجوز العقد على ما لا قيمة له، لأنه من أكل المال بالباطل[٥].

يقول العلامة الحطاب: «اعلم أن الأعيان على قسمين:

الأول: ما لا منفعة فيه أصلا فلا يصح العقد به ولا عليه...

الثاني: ما له منفعة وهو على ثلاثة أقسام:

---

(١) انظر: التقريب للباقلاني ١/١٧٧ والمغني للقاضي عبد الجبار ٤/٨٧.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٧٤.

(٣) انظر: الأحاديث مخرَّجة في فقرة (أدلة القاعدة).

(٤) شرح ميارة الفاسي على التحفة ٢/٨٠.

(٥) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٩٦.

الأول: ما كان جميع منافعه محرمة وهو كالذي لا منفعة فيه، لا يصح بيعه ولا تملكه إن كان مما نهى الشارع عنه كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا...

الثاني: ما كان جميع منافعه محللة فيجوز بيعه إجماعا كالثوب... والعقار وشبه ذلك...

الثالث: ما فيه منافع محللة ومنافع محرمة، قال المازري: فهو المشكل على الأفهام ومزلة الأقدام وفيه ترى العلماء مضطربين»[١].

فالحكم في المطعومات والمشروبات أن ما حرم الله الانتفاع به منها مطلقا بحيث لا يستفاد منه بوجه من الوجوه لا يجوز التعاقد عليه ولا أخذ العوض عنه، بخلاف ما حرم الشرع تناوله دون الانتفاع به، يقول ابن عبد البر: «إن الله إذا حرم أكل شيء ولم يبح الانتفاع به حرم ثمنه. وأما ما أباح الانتفاع به فليس مما عني بقوله: «إن الله إذا حرم أكل شيء حرم ثمنه»[٢] لإجماعهم على بيع الهر والسباع والفهود المتخذة للصيد والحمر الأهلية»[٣]. فحرُم أخذ الثمن لأن «المعدوم شرعا كالمعدوم حسا» و «المعدوم ليس بمحل للعقد».

وأما ما كان منهيا عنه شرعا - أي محرما - فليس بمحل للعقد، جاء في المدونة أن المرأة: «إذا تزوجت في العدة ثم تزوجها آخر بعد خروجها من العدة قبل بناء الأول بها فالنكاح ثابت للثاني والأول لغو لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا»[٤].

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ٢٩٦/٤.

(٢) رواه باللفظ المذكور أحمد ٤ ٥/١١٥ (٢٩٦١) والدارقطني ٣٨٨/٣ (٢٨١٥)، وابن حبان ٣١٢/١١-٣١٣ (٤٩٣٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ورواه أحمد ٤١٦/٤ (٢٦٧٨) وأبو داود ١٧٦/٤-١٧٧ (٣٤٨٢)، والبيهقي في الكبرى ١٣/٦، بلفظ: «إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه».

(٣) التمهيد لابن عبد البر ٤٦/٩.

(٤) مواهب الجليل للحطاب ٤٨٥/٣-٤٨٦.

والحاصل إذن أن ما يراد التعاقد عليه يجب أن يكون عينا متميِّزة في الوجود الخارجي معلومة معلوميةً تامة، مقدورا على تسليمها وبذلك تُحسم مادة النزاع بين المتعاقدين بنفي الجهالة والضرر والغرر، وكل ذلك من مقصود الشرع.

إن هذه القاعدة هي الأصل في باب العقود إلا أن الشريعة قد استثنت بعض العقود من النهي سواء بالنص أو بالاجتهاد، بقصد رفع الحرج والتوسعة على المسلمين مع وضع الضوابط والشروط الكفيلة بضمان عدم الخروج عن المقاصد المعتبرة في باب المعاملات، كما هو الأمر في شروط السلم مثلاً، أو لأن العقد على المعدوم في باب التبرعات أمره أسهل إذ إنه مبني على المعروف والإحسان لا على المشاحَّة والربح. وسيأتي ذكر بعضها في فقرة «استثناءات من القاعدة».

إن هذه القاعدة أخذت حيِّزا كبيرا في الفقه الإسلامي وخاصة باب المعاملات من معاوضات وتبرعات وحقوق، فاعتمدها جمهور الفقهاء على اختلاف مذاهبهم وإن اختلفوا في بعض التطبيقات الجزئية.

أدلة القاعدة :

١ - حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر[(١)]. ويقاس على البيع سائر العقود.

ووجه الاستدلال في هذا الحديث أن بيع المعدوم فيه غرر، والغرر هو ما انطوى على المرء أمره وخفيت عليه عاقبته، والمعدوم قد انطوى عنه أمره وخفيت عليه عاقبته فكان داخلا في النهي عن الغرر.

---

(١) رواه مسلم ٣/١١٥٣(١٥١٣).

٢ - حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له: «لا تبع ما ليس عندك»[١].

٣ - حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الملاقيح والمضامين[٢].

٤ - حديث ابن عمر رضي الله عنه: أن النبي ﷺ نهى عن بيع حَبَلِ الحَبَلَة[٣].

ووجه الاستدلال من هذه الأحاديث الثلاثة هو أن العقود المذكورة مشتملة على الغرر الناتج عن كون المعقود عليه معدوما غير موجود حين العقد والفقهاء يقولون: إن المبيع محل البيع فإذا عدم المبيع لا يقع البيع[٤]، ثم إن التسليم فيها متعذر، ومن شرط البيع تسليم المبيع[٥]، إذ البيع كما يستدعي الملك في المحل يستدعي القدرة على التسليم، ولهذا «لا ينفذ في الآبق والجنين في البطن»[٦] والطير في الهواء[٧]، هذا مع وجود المعقود عليه، فإذا

---

(١) رواه أحمد ٢٨/٢٤، ٣١ (١٥٣١٥)، وأبو داود ١٨١/٤- ١٨٣ (٣٤٩٧)، والترمذي ٥٣٤/٣ (١٢٣٢) (١٢٣٣)، والنسائي ٢٨٩/٧ (٤٦١٣)، وابن ماجه ٧٣٧/٢ (٢١٨٦)، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٢) رواه البزار ١٠٩/١١ (٤٨٢٨)، والطبراني في الكبير ٢٣٠/١١ (١١٥٨١) عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما. ورواه مالك في الموطأ عن الزهري عن سعيد مرسلا ٦٥٤/٢ (٦٣). قال الدارقطني في العلل: تابعه معمر ووصله عمر بن قيس عن الزهري، والصحيح قول مالك "سبل السلام للصنعاني ٣٣/٣. واختلف في معنى الملاقيح والمضامين " فقيل الملاقيح ما في ظهور الذكور والمضامين ما في بطون الإناث، وقيل بل الملاقيح في بطون الإناث والمضامين في ظهور الذكور" الكافي لابن عبد البر ص ٣٦٣.

(٣) رواه البخاري ٧٠/٣ (٢١٤٣)، ٨٧ (٢٢٥٦)، ٤٣/٥ (٣٨٤٣)، ومسلم ١١٥٣/٣ (١٥١٤). و"بيع حبل الحبلة : أن تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها" الكافي لابن عبد البر ص ٣٦٣.

(٤) شرح المجلة العدلية للمحاسني ١٧٠/١.

(٥) انظر: عقد البيع لمصطفى الزرقاء ٢٩/١.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٣٧/٢١.

(٧) فتح القدير للسيواسي ٥١/٧.

كان معدوما أصلا فعدم نفاذ البيع من باب أولى، لأن وجوده في المستقبل موهوم و«بالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم»[١]. وفي النهاية فهذه العقود تؤدي إلى ضياع المال وإلى النزاع، والشريعة تمنع كل ما يؤدي إليهما[٢].

تطبيقات القاعدة:

١- لو باع الشخص تبن الحنطة في سنبلها دون الحنطة لم ينعقد لأنه لا يصير تبنا إلا بالعلاج فلم يكن تبنا قبله فكان بيع المعدوم فلا ينعقد[٣].

٢- إذا عقد شخصان عقد إجارة بلفظ البيع أو الشراء، بأن قال المستأجر مثلاً: بعني منافع هذا البيت شهرا بكذا فقال المؤجر قبلت، فإن العقد على هذه الصورة باطل لأن الإجارة تمليك المنفعة المعدومة بعوض، وبيع المعدوم باطل، فلا يجوز تمليكها بلفظ البيع والشراء[٤]؛ لأن المعدوم ليس بمحل للعقد.

٣- بقاء المبيع شرط في الإقالة، وعلى القول بأنها بيع فلا تصح الإقالة مع تلفه[٥] لأن المعدوم ليس بمحل للعقد.

٤- إن فحشت الجهالة وتمكن الخطر بأن خلع الرجل زوجته على ما يثمر نخلُها العامَ، أو على ما في البيت من المتاع - ولم يكن فيه شيء -

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢/١٣٠.

(٢) انظر: قواعد الوسائل لمصطفى مخدوم ص ٢٤٩.

(٣) حاشية الطحطاوي ٣/٢٥.

(٤) انظر: إبراز الضمائر للأزميري ١/٢٤٤. وهذا رأي الأحناف خلافا للجمهور، وسبب الخلاف راجع إلى خلافهم حول هل المنافع أموال أم لا؟ انظر ذلك في قاعدة: (المنافع لها حكم الأعيان) في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: البحر الزخار لأحمد المرتضى ٤/٣٧٦.

بطلت التسمية، وردت ما قبضت من المهر، لأن المعدوم لا يصح عوضا فبقي مجرد تسمية المال[١].

٥- ما كان جميع منافعه محرَّمة، وهو كالذي لا منفعة فيه لا يصح بيعه، ولا تملكه إن كان مما نهى الشارع عنه كالخمر، والميتة والدم[٢] ولحم الخنزير؛ لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا. ومثله القرافي بالخمر، والمطربات المحرمة[٣]، والمعدوم ليس بمحل للعقد.

٦- العقود الآجلة بأنواعها التي تجري على المكشوف، أي الأسهم والسلع التي ليست في ملك البائع بالكيفية التي تجري في السوق المالية (البورصة) غير جائزة شرعا، لأنها تشتمل على بيع الشخص ما لا يملك اعتمادا على أنه سيشتريه فيما بعد ويسلمه في الموعد...[٤]. فالمبيع معدوم عند التعاقد، والمعدوم ليس بمحل للعقد.

٧- «المسيل باتفاق الروايات في مذهب أبي حنيفة لا يصح بيعه منفردا

---

(١) الفتاوى البزازية للبزازي ص ٢٢٦ – ٢٢٧.

(٢) عرضت مسألة أخذ العوض عن دم الآدمي على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة من ١٣ رجب ١٤٠٩ إلى ٢٠ رجب ١٤٠٩، فكان جوابه: أما حكم أخذ العوض عن الدم، وبعبارة أخرى (بيع الدم)، فقد رأى المجلس أنه لا يجوز، لأنه من المحرمات المنصوص عليها في القرآن الكريم مع الميتة ولحم الخنزير، فلا يجوز بيعه وأخذ عوض عنه، وقد صح في الحديث إن الله تعالى إذا حرم شيئا حرم ثمنه، كما صح أنه ﷺ نهى عن بيع الدم. ويستثنى من ذلك حالات الضرورة إليه للأغراض الطبية ولا يوجد من يتبرع به إلا بعوض، فإن الضرورات تبيح المحظورات بقدر ما ترفع الضرورة، و عندئذ يحل للمشتري دفع العوض ويكون الإثم على الآخذ. ولا مانع من إعطاء المال على سبيل الهبة أو المكافأة تشجيعا على القيام بهذا العمل الإنساني الخيري،لأنه يكون من باب التبرعات لا من باب المعاوضات. انظر: مجلة المجمع ٣٥/٣٤٤.

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٩٦.

(٤) قرار مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، سنة ١٤٠٤هـ، مكة المكرمة.

عن العقار، لأن الأصل في الحقوق أنها لا ترد عليها التصرفات الشرعية منفردة، ولأن بيعها مع ما فيها من جهالة لمقدار الارتفاق عقد علي مجهول، فلا يصح بل إن العقد عليها عقد على ما هو معدوم في الحال، والمعدوم لا يصلح محلا للعقود إلا علي مخالفة القياس، ومخالفة القياس تكون بنص مسوغ للمخالفة أو عرف دافع إلى استحسان ترك القياس، ولا نص ولا عرف في هذا المقام يترك القياس لأجله في المسيل فبقي على الأصل، وهو عدم جواز بيعه منفردا»[1].

٨- ليس للإمام ولا لغيره من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس في الشارع - ولو لبيع ونحوه - عوضا قطعا، قال السبكي: وقد رأينا في هذا الزمان من وكلاء بيت المال من يبيع من الشارع ما يقول: إنه يفضل عن حاجة المسلمين ، وهذا لا يقتضيه قول أحد؛ لأن البيع يستدعي تقدم الملك، ولو جاز ذلك لجاز بيع الموات ولا قائل به. قال ابن الرفعة: وفاعل ذلك لا أدري بأي وجه يلقى الله تعالى؟[2]. والمنع في هذا المثال راجع إلى أن العوض في مقابل الارتفاق بالجلوس في الشارع والجلوس - ولو للبيع - منفعة معدومة، ولا يجوز بيع المعدوم لأنه ليس بمحل للعقد.

استثناءات من القاعدة :

١- يستثنى من هذه القاعدة عقد الإجارة عند الجمهور، وعند الأحناف بغير ألفاظ البيع والشراء، وذلك لأنه يرد أثناء العقد على منافع

---

(١) الملكية لأبي زهرة ص ٩٥.

(٢) مغني المحتاج للشربيني ٢/٣٦٩.

معدومة تستوفى مع مرور مدة الإجارة، وكذلك الحال في السلم[١].

٢- استثني أيضًا ما يدخل في السلم كالاستصناع والاستجرار وغيرهما[٢].

٣- استثني كذلك بيع الدَّين إلى المدين فهو من قبيل بيع المعدوم، ومن مقتضى القياس بطلانه إلا أنه جوِّز استحسانًا[٣]، فالحنابلة يقولون: يجوز بيع الدين المستقرٍّ لمن هو في ذمته بشرط أن يقبض عوضه في المجلس، ولا يجوز لغيره... وأما كون بيعه لغير من هو في ذمته لا يجوز فلأنه غير قادر على تسليمه[٤] فيبقى على أصل القاعدة أن المعدوم ليس بمحل للعقد.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) انظر: رفع الحرج لابن حميد ١/١٧٥، شرح النيل لأطفيش ١٠/٨.

(٢) انظر: الموجبات والعقود للمحمصاني ٢/٧٤.

(٣) شرح المجلة العدلية للمحاسني ١/١٧٠.

(٤) الممتع في شرح المقنع لزين الدين المنجى التنوخي، تحقيق الدكتور عبد الملك بن دهيش٣/٢٠٠-٢٠١، دار خضر، طبعة ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، بيروت لبنان.

رقم القاعدة: ٩٤٥

نص القاعدة: يُبْطِلُ العَقْدَ ما يَمْنَعُه ابْتِداءً[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- ما منع من ابتداء العقد منع استدامته[٢].

٢- كل عقد فسد بمعنى يستوي فيه الابتداء والبقاء[٣].

٣- الفساد الطارئ بعد العقد، بمثابة الفساد المقترن بالعقد[٤].

٤- إذا اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود ما لو اقترن بالعقد كان مانعا من العقد فكذلك إذا اعترض يكون مبطلا[٥].

٥- الفساد الطارئ بعد العقد -قبل حصول المقصود به- كالمقترن بالعقد[٦].

٦- من خالف شرطا مخالفة تنافي ابتداء العقد فإن عقده ينفسخ بذلك[٧].

---

(١) تكملة المجموع للمطيعي ١٧٦/١٤.

(٢) الروض المربع للبهوتي ١٠٢/٣. وانظر: شرح منتهى الإرادات له ٥٥/٣.

(٣) التجريد للقدوري ٥٣٢٠/١٠.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٤٠٨/٦.

(٥) المبسوط ١٦٣/١١.

(٦) المبسوط للسرخسي ٨٨/٢٢.

(٧) الصارم المسلول لابن تيمية ٢٢٢/١.

قواعد ذات علاقة :

١- الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء[١]. (أعم).

٢- الطارئ هل هو كالمقارن؟[٢] (أعم).

٣- الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود به كالمقترن بالعقد[٣].

٤- ما لا يكون لازمًا من التصرفات يكون لدوامه حكم الابتداء[٤]. (عموم وخصوص وجهي).

٥- يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء[٥]. (استثناء).

شرح القاعدة :

هذه القاعدة من القواعد الضابطة والمنظمة لأسباب فسخ العقود وإبطالها، ومعناها: أن العقد إذا انعقد صحيحًا، ثم طرأ عليه بعد ذلك ما يمنعه ابتداءً ولا يصح معه إنشاؤه، فإن هذا الطارئ يبطل العقد، كما كان يمنع من انعقاده أولاً، فيكون الطارئ على العقد كالمقارن له؛ إذ ما منع ثبوت الشيء ابتداءً منعه طارئًا، وأن «استمرار العقد ينبغي أن تتوفر فيه شروط العقد ابتداء»[٦].

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٥/٦.

(٢) المنثور للزركشي ٣٤٧/٢. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الطارئ هل ينزل منزلة المقارن".

(٣) المبسوط للسرخسي ١٥١/٢١. وبنحوه في ٣٤/٢٢. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) ترتيب اللآلي لناظر زاده ١٠١٧/٢. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الأصل في كل تصرف غير لازم أن يكون لبقائه حكم الابتداء".

(٥) المنثور في القواعد للزركشي ٣٧٤/٣. وفي لفظ: "الدفع أسهل من الرفع" الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٢٧/١. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) تكملة المجموع للمطيعي ١٧٦/١٤.

وبناءً عليه، فإن هذه القاعدة متفرعة من القاعدة الأخرى: «الطارئ هل هو كالمقارن؟» عند من أوردها بصيغة الإثبات جازما في المسائل التي يكون الطارئ فيها كالمقارن. كما أنها أخص من القاعدة العامة في اعتبار الشروط في العبادات والمعاملات: «الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء»؛ لأن انتفاء الشرط مانع من وقوع المشروط.

والناظر في هذه القاعدة ربما ظن لأول وهلة أنها تعارض القاعدة الأخرى التي تقرر أن حالة البقاء تختلف عن حالة الابتداء، وهي: «يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء» - أو عكسها: «يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام»[1] - وقد يتبادر إلى ذهنه أنها من القواعد الخلافية مثل أصلها: «المانع الطارئ هل هو كالمقارن ؟» — أو: «هل الدوام كالابتداء؟»[2].

والواقع أنه لا تعارض بين القاعدتين، والذين أخذوا بهذه القاعدة هم الذين أخذوا أيضًا بتلك.

وبالتأمل في مسائل هذه القاعدة يتبين أن المراد بالمانع فيها هو ما كان مانعًا لابتداء العقد ودوامه، إذ الموانع الشرعية أقسام:

فمنها ما يمنع ابتداء الحكم ودوامه، وهو ما تعبر عنه هذه القاعدة، مثل ارتداد المسلم، أو إسلام المرأة تحت الكافر، فإن العقد ينفسخ بذلك: إما في الحال، أو عقب انقضاء العدة، أو بعد عرض القاضي، على تفصيل واختلاف الفقهاء في ذلك[3]. ومثل المحرمية، والرضاع فإنهما يمنعان من ابتداء النكاح ودوامه.

---

(١) أشباه السيوطي ص ١٨٦.

(٢) الموافقات للشاطبي ٣/٤٢٩، الدر الثمين والمورد المعين في شرح المرشد المعين لميارة الفاسي ١/٢٩٣، جواهر الكلام للنجفي ٩/٣٥٣. وانظر أيضًا: الشرح الكبير للدردير ٢/٢٨٨.

(٣) انظر: الصارم المسلول لابن تيمية ١/٢٢٢.

ومنها ما يمنع ابتداء الحكم ولا يمنع الدوام، مثل الإحرام والعدة، فإنهما يمنعان ابتداء النكاح، ولا يمنعان دوامه.

ومنها ما فيه خلاف: هل يلحق بالقسم الأول أو بالقسم الثاني؟[١].

لكن ما هو الضابط لهذا المانع الذي يمنع ابتداء الحكم ودوامه؟ أو بعبارة أخرى: ما هو الشرط الذي يجب توافره في ابتداء العقد وفي بقائه ودوامه؟

هذا المانع - أو الشرط - يمكن ضبط شطر منه بالقاعدة التي ذكرها الحنفية، وهي: أن «كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء. وهو ثابت بالاستقراء»[٢]، والحنابلة أيضًا يصرحون بمعنى هذه القاعدة، فقالوا في تعليل بعض المسائل: «لأنها تمنع ابتداء الإذن فتمنع استدامته، وكباقي العقود الجائزة»[٣]. ومن مقتضى ذلك أن كل ما يمنع ابتداء العقد الجائز (غير اللازم) يمنع دوامه واستمراره، وكل ما يشترط في ابتداء هذا النوع من العقود يشترط في بقائه أيضًا، لذلك وجدناهم يقولون - مثلاً: «الإيداع عقد غير لازم، فكان لبقائه حكم الابتداء»[٤]، و«المضاربة عقد جائز فكان لبقائه حكم الابتداء»[٥]، وأن عقد الشركة «لدوامه حكم الابتداء؛ لكونه غير لازم»[٦]، و«الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء، فيشترط لقيام الأمر في كل ساعة ما

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ١/١٩٩، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/٨٨، المنثور للزركشي ٢/٣٤٧.

(٢) العناية للبابرتي ٨/٢٥٩. وانظر أيضًا: البناية للعيني ٩/٣٤٩، ٦/٨٤٣، عمدة الناظر لأبي السعود الحسيني ٢/٤٧١، درر الحكام لعلي حيدر ٣/٤٠٤.

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/١٨٣. وبنحوه في الكافي في فقه ابن حنبل ٢/٣٤٣.

(٤) تكملة حاشية ابن عابدين ٢/٤٧٥.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٩٦. وقال البابرتي - رحمه الله تعالى: "المضاربة عقد غير لازم، وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء". العناية ١٥/٤٧.

(٦) الهداية للمرغيناني ٣/٥. وانظر أيضًا: فتح القدير لابن الهمام ٦/١٥٦.

يشترط للابتداء»[1]، وأن الوصية لا تكون لازمة قبل الموت، فما يمنع ابتداء الوصية يمنع بقاءها[2]، وهذه العقود وأمثالها من العقود غير اللازمة كلها تبطل إذا طرأ عليها ما يمنعها ابتداءً.

والسبب في كون العقد الجائز لبقائه حكم الابتداء هو أن العقد لما كان غير لازم، وكان من حق كل واحد من العاقدين فسخه متى شاء، فتركه على ما كان عليه كإنشاء العقد كل ساعة، فيشترط فيه في تلك الحالة ما يشترط في الابتداء[3].

ويلحق بالعقود غير اللازمة، في كونها تبطل بما يمنع ابتداءها، العقدُ اللازم قبل حصول المقصود به، فلذلك قالوا: «الفساد الطارئ بعد العقد – قبل حصول المقصود به – كالمقترن بالعقد»، مثل تلف المبيع قبل القبض، أو تخمر العصير المشترى قبل القبض، أو انعدام رأس المال لأحد الشريكين لو اقترن بالعقد كان مانعا فكذا إذا اعترض[4]، ونحوه طروء المفسد على عقد النكاح قبل الدخول.

وحكم القاعدة المذكورة آنفًا مطرد في العقود الغير اللازمة – أي أن لدوامها حكم الابتداء، فما منع دوامها منع ابتداءها، ولكن هذا لا يمنع من أن

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٨٧.

(٢) انظر: فتاوى قاضيخان ٢/٣٥.

(٣) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٦٢٣.

وهذا المعنى يوضحه قولهم: "فيمن فوض طلاق امرأته إلى الأجنبي في الصحة فطلقها في المرض أن التفويض إن كان على وجه لا يملك عزله عنه بأن ملكه الطلاق لا ترث، لأنه لما لم يقدر على فسخه بعد مرضه صار الإيقاع في المرض كالإيقاع في الصحة.

وإن كان التفويض على وجه يمكنه العزل عنه فطلق في المرض ورثت، لأنه لما أمكنه عزله بعد مرضه فلم يفعل صار كأنه أنشأ التوكيل في المرض، لأن الأصل في كل تصرف غير لازم أن يكون لبقائه حكم الابتداء" بدائع الصنائع ٣/٢٢٣.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/١٦٣.

يكون هناك عقود لازمة يثبت لها الحكم نفسه؛ لأن كون «بعض العقود اللازمة أيضًا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا؛ لأن الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها»[١].

والمعنى الجامع الذي من أجله فُرِّق بين ما يكون لبقائه حكم الابتداء من العقود - لازمة كانت أو غير لازمة - وبين ما لا يكون كذلك هو أن يكون المنع "لأمر يخص الابتداء لا يوجد في البقاء"[٢] فعندئذ يكون المانع مؤثرًا في الابتداء دون البقاء، وهذا ما أفصح عنه الإمام الماوردي - رحمه الله تعالى - بقوله: «ما لم يُرَدْ للبقاء إذا كان شرطًا في ابتداء العقد لم يكن شرطًا في استدامته كالإحرام والعدة»[٣]، أما إذا كانت علة المنع موجودة في البقاء فإنها تبطل العقد كما منعت ابتداءه، ولذلك قال ابن قدامة - رحمه الله تعالى: «الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء، لا سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليها في الدوام»[٤] ولو تأملنا في جميع المسائل التي يختلف فيها حكم البقاء عن الابتداء، أو يبطل دوامها ما يمنع ابتداءها، لوجدناها على هذه الشاكلة، فمثلاً: «إذا ظهر الزوج كافرًا، أو المرأة وثنية، أو المبيع غصبًا أو حرًا، أو تلف المبيع قبل القبض، فإن هذه الأشياء - كما لم يجز الإقدام على العقد مع العلم بها - أبطل العقد مقارنتها له أو طروؤها عليه»[٥]، وهذا بخلاف طروء العدة على عقد النكاح، أو طروء الإحرام عليه، فإن المعنى الذي من أجله منع النكاح معهما ابتداءً لا يوجد في بقائه. وهكذا الشأن في بقية العقود.

---

(١) العناية للبابرتي ٨/٢٥٩.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٧/٤٨١.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٩/٢٤٢.

ومعنى قوله كالإحرام والعدة: أي "لو أحرم المتزوج لم يمنع استمرار النكاح، وإن كان لو قارن ابتداءه منع، وكذلك العدة فإذا طرأت علق الشبهة على منكوحة لم يبطل نكاحها" المنثور ٢/٣٤٨.

(٤) المغني لابن قدامة ٦/١٤٥.

(٥) الصارم المسلول ١/٢٢٢.

أدلة القاعدة :

١ - قياس حالة وجود المانع ابتداءً على وجوده في ثاني الحال، بجامع وجود علة الفساد المشتركة في الحالتين - على ما سبق بيانه آنفا - ومن المعلوم أن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا.

٢ - ويدل لها من المعقول أن وجود العقد مع ما ينافيه ويمنعه محال[١].

تطبيقات القاعدة :

١- شركة المفاوضة - عند من أجازها - يشترط فيها المساواة بين الشريكين في المال والتصرف، فإذا تحصل لدى أحدهم مال زائد يصلح أن يكون رأس مال الشركة، أو زادت قيمة مال أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة؛ لأن عقد الشركة عقد غير لازم فكان لبقائه حكم ابتدائه[٢].

٢- ينعزل الوكيل بخروج الموكل أو الوكيل عن أهلية التصرف بموت أو جنون مطبق؛ لأنه لو قارن منع الانعقاد فإذا طرأ قطعه[٣]. وكذلك الوصي لو فقد شرطا من الشروط الواجب توافرها لصحة الإيصاء، كالإسلام والعقل وغيرهما انتهت وصايته باتفاق الفقهاء؛ لأن هذه الشروط كما تعتبر في الابتداء تعتبر في الدوام والبقاء[٤]. وكذلك الإمام لو طرأ عليه ما يمنع من عقد الإمامة ابتداءً كالجنون، والخبل، وما شابه ذلك، بطلت به الإمامة[٥].

---

(١) انظر: الصارم المسلول ١/٢٢١.

(٢) انظر: المبسوط ١١/١٧٨، بدائع الصنائع ٦/٧٨.

(٣) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٢٣٢، نهاية المحتاج للرملي ٥/٥٥.

(٤) انظر: موسوعة القواعد الفقهية ٧/٢١٨.

(٥) انظر: المرجع السابق ٦/٢٢٧ - ٢٢٨.

٣- الردة تمنع صحة النكاح ابتداء ودواما إن وقعت قبل الدخول، وإن وقعت بعد الدخول ودامت حتى انقضت العدة فإنها تقطع الدوام، وكذلك لو ثبتت المحرمية بين الزوجين، أو نحو ذلك من مؤبدات تحريم النكاح[1].

٤- إن أسلمت الكتابية قبل زوجها وقبل الدخول، تعجلت الفرقة بينهما، سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي؛ إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة ابتداء[2]، فكذلك إسلامها يكون مبطلا لدوام النكاح.

٥- لو أن الإمام رأى أن في الموادعة خيرا للمسلمين فوادعهم، ثم نظر فوجد أنها شر على المسلمين نبذ إليهم عهدهم؛ لأنه ظهر في الأثناء ما لو كان موجودا في الابتداء لمنع عقدها واستدامتها[3].

٦- لو أن المرتهن أخرج الرهن عن يده باختياره زال لزوم الرهن وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض، سواء أخرجه بإجارة أو إعارة أو إيداع أو غير ذلك؛ لأن استدامة القبض شرط للزوم الرهن، فإذا انعدم القبض بطل الرهن[4].

٧- ينفسخ عقد الوديعة بجنون أحد العاقدين أو موته، أو إغمائه؛ لأن استمرار العقد ينبغي أن تتوفر فيه شروط العقد ابتداء، ويبطل العقد ما يمنعه ابتداء[5].

---

(١) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/٨٨، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٤١٩، الفروق للقرافي ١/١٩٩، قواعد ابن رجب ص ٤٢٤. وانظر مسألة قطع النكاح بالردة أيضًا في: شرح الأزهار لابن مفتاح ٢/٣٢٤، شرح النيل لأطفيش ٦/٣٠٩ فما بعدها، المحلى لابن حزم ٥/٣٧٤.

(٢) انظر: المغني ٧/١١٦.

(٣) انظر: المبسوط ١٠/٨٦.

(٤) هذا عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، خلافًا للشافعية الذين قالوا: إن استدامة القبض ليست شرطا، لأنه عقد يعتبر القبض في ابتدائه فلم يشترط استدامته. انظر: مجمع الأنهر ٤/٢٧٩، شرح ميارة ١/١٧١، المغني ٤/٢١٨.

(٥) انظر: تكملة المجموع للمطيعي ١٤/١٧٦. وانظر أيضًا: تكملة حاشية رد المحتار ٢/٤٧٥.

٨- لو أن نصرانيًا اشترى من نصراني خمرًا، ثم أسلم أحدهما قبل القبض، فلا بيع بينهما استحسانًا؛ لأن إسلام أحدهما يمنع ابتداء العقد على الخمر، فكذلك يمنع القبض بحكم العقد[١]. وكذلك الحكم فيما لو كان المرهون خمرًا يبطل العقد بإسلام أحدهما[٢]، بناءً على موجب هذه القاعدة.

٩- لو أن أهل الذمة أظهروا الطعن في الإسلام انتقض عهدهم؛ لأن الإمام لا يجوز له أن يعاهدهم مع ذلك ابتداءً، فكان وجوده بعد العقد موجبًا لفسخ العقد[٣].

استثناءات من القاعدة:

هناك بعض المسائل تستثنى من هذه القاعدة لسبب خاص، وهي تدخل تحت القاعدة الأخرى «قد يعتبر في الابتداء ما لا يعتبر في الاستدامة»[٤] ومن هذه المسائل:

تولية الفاسق لا تجوز ابتداءً، لكن طروء الفسق على الإمام في أثناء الولاية لا يوجب فسخه عند عامة الفقهاء[٥]؛ لما قد يترتب عليه من الفتنة[٦]، وقد تقرر شرعًا أن «الدفع أسهل من الرفع»[٧].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

---

(١) انظر: المبسوط ١٣/ ٦٧.
(٢) انظر: المصدر السابق ١٣/ ١٣٨.
(٣) انظر: الصارم المسلول ١/ ٢٢١، ٢٢٢.
(٤) المغني ٤/ ٢١٨. وانظر: القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني للإدريسي ص ٣٧٣.
(٥) بل وحكى النووي إجماع أهل السنة على أن الإمام لا ينعزل بفسقه. انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١٢/ ٢٢٩، شرح صحيح البخاري لابن بطال ٨/ ٢١٦.
(٦) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/ ٢٨٩، الموسوعة الفقهية ٣٢/ ٩١.
(٧) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ١٢٧.



رقم القاعدة: ٩٤٦

نص القاعدة: العَقْدُ الفَاسِدُ يَجِبُ نَقْضُه وإبْطَالُه، ولا يَجُوزُ تَقْرِيرُه[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- العقد الفاسد واجب النقض[٢].

٢- العقد الفاسد يجب فسخه[٣].

٣- كل عقد فاسد ففسخه واجب[٤].

٤- العقد الفاسد يستحق فسخه ورده[٥].

---

(١) الشطر الأول من القاعدة (المعطوف عليه) منصوص عليه في حاشية ابن عابدين ٦١/٦، والشطر الثاني (المعطوف) ورد بمعنـــاه في مصادر كثيرة من الفقه الحنفي، منها – مثلاً: الهداية للمرغيناني ٣٦/٤، بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٤/٥، تبيين الحقائق للزيلعي٣٢٣/٣، ٣٦/٤، ٢٥٤/٥، العناية للبابرتي ٤٩٧/١٣، فتح القدير لابن الهمام ٤٦٢/٦، البحر الرائق لابن نجيم ١٥٨/٨.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٤/٤.

(٣) انظر: الفصول في الأصول للجصاص ١٨٣/٢، حاشية ابن عابدين ١٢٤/٥، ١٦٢.

(٤) فتح العلي المالك لعليش ٢٣٥/٢.

(٥) المبسوط للسرخسي ٧/١٤. وفي لفظ: " كل ما هو واجب الرفع بالاسترداد فلا يجوز تقريره " ترتيب اللآلي لناظر زاده ١٢٨/٢. وهذه الصيغة الأخيرة وإن كان لفظها أعم، لكن استعمال أكثر فقهاء الحنفية لها يدور حول حكم العقد الفاسد، وبالتحديد عند تعليلهم لعدم إفادة العقد الفاسد الملكَ قبل القبض.

٥- العقد الفاسد مستحق النقض والفسخ[١].

٦- العقد الفاسد لا بد له من الفسخ[٢].

٧- العقود الفاسدة تجب المبادرة لفسخها[٣].

قواعد ذات علاقة :

١- رفع الفساد واجب[٤]. (أعم).

٢- العقد الفاسد معتبر بالجائز في الحكم[٥]. (متكاملة).

٣- بعد ما تقرر المفسد لا ينقلب العقد صحيحا[٦]. (متكاملة).

٤- المستحق في العقد الفاسد قيمة المعقود عليه لا المسمى[٧]. (متكاملة).

٥- الفسخ يرفع العقد من حينه أو من أصله؟[٨]. (متكاملة).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٩٥.

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/٣٤٩.

(٣) النوازل الصغرى للوزاني ٣/١٣٣. وفي لفظ: "فسخ الفاسد واجب لحق الله تعالى" المصدر نفسه ٥/٤٩. وفي لفظ: "المقبوض بالعقد الفاسد يجب فيه التراد من الجانبين" أحكام أهل الذمة لابن القيم ص ٥٧٥.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٨٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٦٤، البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٠٢.

(٥) المبسوط للسرخسي ٨/٩. والمراد بالحكم هنا حكم الضمان ونحوه، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه".

(٦) المبسوط للسرخسي ٢٤/٩٤، وانظر قاعدة: "المفسد متى زال قبل تقرره جعل كأن لم يكن"، في قسم القواعد الفقهية.

(٧) البحر الرائق لابن نجيم ٨/٤٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٨) المجموع للنووي ٩/٢٠٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله".

شرح القاعدة :

العقد الفاسد بمعنى العقد الباطل عند جمهور الفقهاء الذين لا يفرقون بينهما، ويرون أنه العقد غير المشروع الذي لم يترتب عليه أثره المقرر شرعًا في حال صحته، وذلك لوجود خلل فيه، سواء أكان الخلل في أركانه أو كان في شروطه، فالعقد الفاسد عندهم غير منعقد أصلاً، ولا ينتج أي أثر شرعي، خلافًا للحنفية الذين يفرقون بين العقد الباطل والعقد الفاسد، ويرون أن العقد الباطل هو العقد الذي ليس مشروعًا بأصله ولا بوصفه، أما العقد الفاسد فهو العقد المشروع بأصله لا بوصفه(١)، أو بعبارة أخرى: العقد الباطل هو ما اختل ركنه، والعقد الفاسد ما اختل شرطه(٢)، فلذلك يفيد الملك عندهم بالقبض في الجملة، إلا أنه ملك غير لازم، بل هو مستحق للفسخ، حقـا لله تعالى(٣). فالعقد الفاسد في نظر فقهاء الحنفية يعتبر في مرتبة بين البطلان والصحة، فلا هو بالباطل المعدوم الاعتبار ولا هو بالصحيح التام الاعتبار(٤).

ومعنى القاعدة: أن العقد الفاسد يجب رفعه وفسخه، ولا يجوز تثبيته وإبقاؤه، فكل تصرف من شأنه أن يؤدي إلى تقرير العقد الفاسد، لا يعتد به شرعًا. ويلحق بالعقد الفاسد في وجوب الرفع بالاسترداد خروج المعقود عليه مستحقًا.

وبناءً على ما تقدم فإن معنى القاعدة ومضمونها مما اتفق عليه الفقهاء، فلا خلاف بينهم في وجوب فسخ العقد الفاسد وإبطاله، واجتناب ما يوجب

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٠١، التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير الحاج ٢/٢٠٧، حاشية ابن عابدين ٤/٧.

(٢) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٥١٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٩٥، ٥/١٥٢، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣/٢٨٦، ٧/١٥، ٢٥، ٢٢/١٧٥، ٣٢/٢٨٣.

(٤) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا ٢/٧٣٤.

تقريره، إلا أنها من القواعد التي تداولها فقهاء الحنفية معللين بها؛ لأنهم يعتبرون العقد الفاسد منعقدًا انعقادًا فاسدًا، ومفيدًا للملك بعد القبض، مع حرمته ووجوب رفعه وعدم تقريره، حرصًا منهم على استقرار التعامل، وصيانة للحقوق المكتسبة.

ومجال استعمالها عند الحنفية إنما هو التصرفات التي يفرقون فيها بين الفساد والبطلان، وهي العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة، أو تنقل الملكية، مثل عقود البيع والإجارة والرهن والحوالة والصلح عن المال والشركة ونحوها[١].

واستحقاق العقد الفسخَ بمقتضى الفساد مقيد بما إذا لم يتعذر الرد، فإذا تعذر الرد بأن هلك المبيع – مثلاً – عند المشتري، أو غَيَّر شكله تغييرًا يتبدل به اسمه، أو تصرف فيه تصرفًا ناقلاً للملكية وتعلق به حق الغير، كأن يبيعه، أو يقفه أو يهبه، امتنع فسخ البيع الفاسد واستقر الحكم الذي ثبت بتنفيذه[٢]، وهو استحقاق قيمة المعقود عليه عند القبض، لا ثمنه الاتفاقي المسمى في العقد؛ لما تقرر شرعًا من أن «المستحق في العقد الفاسد قيمة المعقود عليه لا المسمى»[٣].

ولا يقال إن كان العاقد يملك المعقود عليه في العقد الفاسد بعد القبض، كالمشتري يملك المبيع بعد القبض، فإن هذا عين تقرير الفساد؛ لأن تقرير الفساد بعد القبض ثبت في ضمن الضمان، فإن القبض يوجب الضمان، فلو لم

---

(١) انظر: المصدر السابق ٢/٧٣٧، ٧٥٣.

وانظر توجيه الحنفية في التفرقة بين الفساد والبطلان في هذه العقود في المصدر نفسه ٢/٧٣٠ – ٧٣٤. وراجع أيضًا: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٦٣.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٤/٢٨٣، الموسوعة الفقهية ٩/١١٠– ١١١.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٨/٤٧. وانظر أيضًا: بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢١٨. المغني لابن قدامة ٥/١٣.

ينتقل الملك من المضمون له إلى الضامن لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد، وهذا لا يجوز، وقد تقرر شرعًا أنه قد يثبت ضمنًا ما لا يثبت قصدًا[١].

أدلة القاعدة:

١- عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني - رضي الله تعالى عنهما - قالا: جاء أعرابي فقال: يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله، فقام خصمه فقال: صدق، اقض بيننا بكتاب الله، فقال الأعرابي: إن ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته، فقالوا: لي على ابنك الرجم، ففديت ابني منه بمائة من الغنم ووليدة، ثم سألت أهل العلم، فقالوا: إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام، فقال النبي ﷺ: «لأقضين بينكما بكتاب الله، أما الوليدة والغنم فَرَدٌّ عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام»[٢].

٢- عن عبد الرحمن بن أبي نعم، قال: حدثني رافع بن خديج أنه زرع أرضا، فمر به النبي ﷺ وهو يسقيها، فسأله: «لمن الزرع، ولمن الأرض؟» فقال: زرعي ببذري وعملي، لي الشطر، ولبني فلان الشطر، فقال: «أربيتما»، فرد الأرض على أهلها، وخذ نفقتك[٣].

٣- عن يحيى بن سعيد قال: أمر رسول الله ﷺ السَّعْدَيْن أن يبيعا آنية من ذهب أو فضة، فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا أو كل أربعة بثلاثة عينا فقال

---

(١) انظر: ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/٩٢٩. وانظر: القاعدة الأخيرة أيضًا في المصدر نفسه ٢/٨٨٩.

(٢) رواه البخاري ٣/١٩١ (٢٧٢٤) وفي مواضع، ومسلم ٣/١٣٢٤- ١٣٢٥ (١٦٩٧/١٦٩٨).

(٣) رواه أبو داود ٤/١٤٦ (٣٣٩٥) واللفظ له، والدارقطني ٣/٣٧ (١٤٨)، والحاكم ٢/٤١، والبيهقي في الكبرى ٦/١٣٦، وصحح الحاكم، ووافقه الذهبي.

رسول الله ﷺ: «أربيتما، فَرُدَّا»[١].

ففي قوله ﷺ: «أربيتما فردا» دليل على أن البيع الحرام مردود أبدا، فإن فات رجع فيه إلى [القيمة عند] الفقهاء[٢]. وكذا يدل الحديث الأول والثاني على أن العقد الفاسد يجب رده، ولا يجوز تقريره.

٤- ويدل لها من المعقول أن مباشرة العقد الفاسد معصية، والمعصية يجب رفعها، والإصرار على المعصية معصية[٣]. أو بعبارة أخرى: إن العقد الفاسد يستحق الفسخ حقا لله عز وجل؛ لما في الفسخ من رفع الفساد، ورفع الفساد حق لله تعالى على الخلوص[٤].

تطبيقات القاعدة:

١- لا تجب الشفعة في المشترى شراءً فاسدًا - سواء أكان قبل القبض أو بعده، ما لم يتعذر الرد؛ أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع. وأما بعد القبض فلاحتمال الفسخ، وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز، لكن لو سقط حق الفسخ بأسباب مسقطة للفسخ جازت الشفعة؛ لزوال المانع[٥].

٢- المشتري لا يملك المبيع في البيع الفاسد بمجرد العقد قبل القبض،

---

(١) رواه مالك في الموطأ ٢/٦٣٢ (٢٨)، وقال ابن عبد البر في التمهيد ٢٤/١٠٤-١٠٥: وهذا الحديث لا أعلمه يستند بهذا اللفظ في ذكر السعدين، وقد رواه الليث بن سعد، وعمرو بن الحارث عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن أبي سلمة، ولم يذكر عبد الله بن أبي سلمة، وعنه رواه يحيى بن سعيد.

(٢) الاستذكار لابن عبد البر ٦/٣٥١. وانظر: المبسوط للسرخسي ١٤/٧.

(٣) انظر: المبسوط ١ للسرخسي ٤/٧، البحر الرائق لابن نجيم ٦/٧٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٣٠٠.

(٥) انظر: الهداية للمرغيناني ٤/٣٦، بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٣، البحر الرائق لابن نجيم ٨/١٥٨.

ويملك بعده؛ لأنه لو ملكه قبل القبض لوجب تسليم الثمن، ووجب على البائع تسليم المبيع؛ لأنهما من موجَبات العقد، فيكون ذلك تقريرا للفساد، وهو لا يجوز؛ لأنه واجب الرفع بالاسترداد[١].

٣- إذا اتفق الشريكان في الشركة الفاسدة على أن يكون لأحدهما الفضل، فإن الربح فيها بقدر المال، وإن شرطا الفضل؛ لأن الأصل أن الربح تبع للمال كالريع، وإنما عدل عنه عند صحة التسمية، ولم تصح، فيبطل شرط التفاضل؛ لأن استحقاقه بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد، وهو واجب الرفع[٢].

٤- المشتري شراءً فاسدًا لا يباح له – على الصحيح - أن ينتفع بعين السلعة، كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار؛ لأن الثابت بالبيع الفاسد ملك خبيث، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع، لأنه واجب الرفع والبطلان، وفي الانتفاع به تقرير له، فلم يجز[٣].

٥- إن وقع عقد القِراض بعَرَض فإنه يكون فاسدا يجب فسخه، فإن لم نطلع عليه حتى باع العامل العرض فإنه يجب فسخه، وله أجرة مثله في توليه البيع[٤]. وكذا القياس في سائر العقود الفاسدة، فإنها تجب فيها القيمة (عوض المثل) لا المسمى؛ لأن إعمال المسمى المتفق

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٤/٥، فتح القدير لابن الهمام ٤١٢/٦، العناية للبابرتي ١٩١/٩ – ١٩٢، ترتيب اللآلي لناظر زاده ٩٢٨/٢، التاج المذهب للعنسي ٤٥٨/٢.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٣٢٣/٣، المغني لابن قدامة ١٣/٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٤/٥.

(٤) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ١٢٣/٢.

عليه في العقد الفاسد فيه تقرير الفساد - وهو واجب الرفع – فتبطل التسمية.

٦- من تزوج زواجًا فاسدًا، ثم حصل الخلع أو الطلاق على عوض، وسلمته المرأة للمخالع، فلها أ ن تسترده منه؛ لأنه أخذه بغير حق؛ إذ المرأة ما دفعت هذا العوض إلا لتملك نفسها، وهذا ثابت لها قبل الخلع؛ لأن العقد الفاسد لا تترتب عليه الأحكام[1]؛ لأن في ترتب الأحكام عليه تقريرًا له، وهو واجب الفسخ والرد، ولا يجوز تقريره.

٧- من اشترى سلعة ودفع ثمنها للبائع، ثم تبين أن هذه السلعة مستحقة لشخص آخر غير البائع، فيجب في هذه الحال استرداد الثمن من البائع، ورفع العقد وإنهاؤه، ولا يجوز تقرير البيع مع فساده بسبب الاستحقاق[2].

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: شرح الأحكام للأبياتي ١/٤١٦.

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية ٨/٥٧٥.

رقم القاعدة: ٩٤٧

نص القاعدة: فَسْخُ العَقْدِ مُعْتَبَرٌ بأَصْلِ العَقْدِ[١].

ومعها :

١- كل حق يجب لأحد المتعاقدين عند العقد يجب للآخر مثله عند الفسخ.

٢- الأصل أن ما كان تابعًا في العقد يكون تابعًا في الفسخ.

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الفسخ كالعقد[٢].

٢- الفسوخ تحكي العقود[٣].

٣- الفسوخ محمولة على العقود ومشبَّهة بها[٤].

٤- الفسوخ ينحى بها نحو العقود[٥].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢١/٩٦، و١٤٣، و ٢٨/٤٩.
(٢) حاشية عميرة ٢/٣٦٨.
(٣) كفاية الأخيار ١/٣٨٤.
(٤) الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٢٧٠، مسالك الأفهام للحصني ٨/٢٣٥، وانظر أيضًا: شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٤/٢٠٢.
(٥) المنثور للزركشي ٣/١٧٦.

٥- الفسخ يكون على حسب العقد[١].

٦- ما ثبت في العقود ثبت في الفسوخ[٢].

قواعد ذات علاقة:

١- الأصل أن ما كان تابعًا في العقد يكون تابعًا في الفسخ[٣]. (أخص).

٢- الزيادة المتصلة تتبع الأصل في الفسوخ والعقود[٤]. (أخص).

٣- كل حق يجب لأحد المتعاقدين عند العقد يجب للآخر مثله عند الفسخ[٥]. (أخص).

٤- حال المشتري مع البائع عند الفسخ كحال البائع معه عند العقد[٦]. (أخص).

٥- الفسخ لا يرد على الهالك[٧]. (أخص).

٦- فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه[٨]. (متكاملة)[٩].

٧- يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في ابتداء العقود[١٠]. (استثناء).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٨١.
(٢) المناظرات الفقهية للسعدي ص ٨٤.
(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٨٥.
(٤) شرح الزركشي ٥/٢٩٨، جواهر العقود للمنهاجي الأسيوطي٣١/٩٠. وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "الزيادة المتصلة تتبع الأصل".
(٥) الفروق للكرابيسي ٢/٦٦.
(٦) المبسوط ١٣/١٢٢.
(٧) تبيين الحقائق ٥/٣٥٦.
(٨) الأشباه والنظائر لابن الوكيل ١/١٠٥. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٩) اعتُبرتْ هذه القاعدة من القواعد ذات العلاقة باعتبار أن العقد الفاسد مفسوخ حكمًا، فهو في حكم الضمان معتبر بأصل العقد.
(١٠) المنثور ٣/٣٧٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ٢/٩٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح القاعدة :

هذه قاعدة مهمة في مجال العقود، وهي تعني أن الأصل أن فسخ العقود ورفعها وإنهاءها يجري مجرى أصل العقود وابتدائها، وأن الفسخ يعتبر بأصل العقد ويأخذ حكمه شرعًا، ففسخ العقد مثل العقد نفسه في عامة الأحكام الشرعية، إلا ما استثني، ولذلك وجدنا المصادر الفقهية مستفيضة باقتران الفسوخ بالعقود، من ذلك قولهم مثلاً: «الزيادة المتصلة تتبع الأصل في الفسوخ والعقود»، و«الفسخ لا يتناول إلا ما تناوله العقد»[1]، و«العقود والفسوخ لا تثبت بالاستفاضة»[2]، و«الفسوخ لا تقبل التعليق كالعقود»[3] و«النقود لا تتعين في العقود والفسوخ»[4] و«العقود والفسوخ من الفضولي تتوقف على إجازة المالك»[5]، و«لا بد في جميع العقود والفسوخ أن تكون صادرة عن رضًا واختيار، إلا أن يكون الإكراه بحق»[6]. و«الأصل أن ما كان تابعا في العقد يكون تابعا في الفسخ»[7]، و«ما لا يصح إضافة العقد إليه لا يصح إضافة الفسخ إليه»[8]، و«قد نهى النبي ﷺ عن أنواع من العقود لما فيها من الضرر بالغير فعلى قياسه ينهى عن الفسوخ التي فيها إضرار بالغير»[9] و«كل حق ثبت لأحد المتعاقدين عند العقد ثبت للآخر مثله عند الفسخ» و«يجوز التوكيل في حقوق

---

(١) الذخيرة للقرافي ٧٥/٦.

(٢) أدب القضاء ٢٦/٢.

(٣) انظر: الجوهرة النيرة للعبادي ٣٣١/١، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣٣١/٦، إعانة الطالبين للبكري ١٥١/٣.

(٤) المبسوط ٧٢/٣.

(٥) تحفة الفقهاء ٣٤/٢.

(٦) الشرح الممتع لابن عثيمين ٢٣/١٣.

(٧) بدائع الصنائع ٢٨٥/٥.

(٨) المنثور ١٧٦/٣.

(٩) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر ٢٨٣/١.

الآدميين من العقود والفسوخ»[١]، و«الفسخ كالعقد لا بد له من إنشاء إرادة له سواء كان بفعل أو قول»[٢] و«للقاضي ولاية إنشاء العقود والفسوخ»[٣].

فهذه القواعد والضوابط الفقهية وأمثالها كلها تندرج تحت القاعدة التي بين أيدينا؛ لأن مدارها على أن الفسوخ محمولة على العقود ومشبهة بها، فتماثلت أحكامها، كما سيأتي أمثلة ذلك لاحقًا عند ذكر التطبيقات.

ومع أن الأصل أن الفسوخ معتبرة بالعقود ومشبهة بها، و لكن ليس معنى ذلك أن تكون الفسوخ مثل العقود من كل وجه في جميع الأحكام، كلا، بل هناك أحكام تختلف فيها الفسوخ عن العقود، ناشئة عن الفرق بين طبيعة وحقيقة كل من العقد والفسخ، فإن الفسخ – كما لا يخفى - هو المعنى المقابل للعقد؛ إذ العقد هو إيجاد الشيء وإنشاؤه، أما فسخ العقد فهو رفعه وإزالته وحل ارتباطه[٤] أو هو رفع العقد من الأصل وجعله كأن لم يكن[٥]، ومعلوم أن الرفع والإزالة أسهل من الإنشاء، فكان مقتضى ذلك أن يتسامح في شروط الفسوخ بما لا يتسامح في شروط العقود في بعض المواضع، وهذا ما عبرت عنه قاعدة «يغتفر في الفسوخ ما لا يغتفر في ابتداء العقود».

كما أن الفسخ لما كان رفعًا للعقد لم يملكه كل واحد من المتعاقدين، ولم يتوقف على رضاهما معًا – إلا في صورة الإقالة -؛ لأنه لو توقف على رضاهما معًا لتضرر بذلك من هو بحاجة إلى الفسخ إن أباه الآخر، ولو ثبت لكل واحد منهما حق الفسخ لم تستقر العقود الجارية بين الناس، فلذلك صح

---

(١) التنبيه للشيرازي ص ١٠٣. وبنحوه في نضد القواعد للعاملي ٣/٢٥٢، الأقطاب الفقهية لابن أبي جمهور ١٢٨.

(٢) جواهر الكلام للنجفي ٢٨/٢٧٠. وانظر أيضًا: الشرح الممتع ١٣/٨٨.

(٣) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص٣٧٥.

(٤) انظر: الأشباه لابن نجيم ص ٣٣٨، الأشباه للسيوطي ص ٢٨٧.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٩٥، ٥/٢٣٩.

الفسخ بإرادة طرف من جعل له خيار الفسخ، بخلاف العقود التي لا بد فيها من تراضي المتعاقدين، إلا في صورة الإكراه بحق.

كما أن هناك من العقود اللازمة ما لا يقبل الفسخ بعد تمامها بإرادة المتعاقدين – أو بإرادة العاقد – مثل النكاح والوقف، حيث لا يجوز فسخ أحدهما بالخيار(١)، بخلاف حالة ابتداء العقد حيث كانت إرادة كل عاقد معتبرة، ولذلك قالوا: «ليس كل ما للإنسان عقده له فسخه»(٢).

ومن الفروق بين العقود والفسوخ أيضًا قولهم: «الشفعة تجب بالعقود لا بالفسوخ»(٣)، والمعنى فيه واضح، وهو أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الشريك بطروء مالك أجنبي، والفسخ يعني رجوع الملك إلى المالك الأول، فلم يبق هناك احتمال الضرر على الشفيع.

ويتبين من خلال إنعام النظر في الأمثلة السابقة – والله أعلم - أن المواضع التي فُرِّق فيها بين العقود والفسوخ إنما يكون اختلاف حكم الفسخ عن حكم العقد لمعنى يوجب التفرقة بين حكم العقد وحكم الفسخ، فإذا انعدم هذا المعنى كان الفسخ مثل ابتداء العقد كما دلت عليه هذه القاعدة، فمن الأول – أعني وجوب التفرقة بين العقد والفسخ عند وجود معنى يقتضي التفرقة: إذا اشترى دارا بشيء وسلم الشفيع الشفعة ثم رأى صاحب الدار الشيء فلم يرضه ورده وأخذ داره، وقد كان دفعها أو لم يدفعها، فلا شفعة للشفيع في ذلك؛ لأن الرد بخيار الرؤية فسخ من الأصل... والشفعة تجب بالعقود لا بالفسوخ(٤)، فقد

---

(١) هذا عند عامة الفقهاء، وفي قول عند الشافعية أن النكاح يقبل الفسخ بالتراضي، انظر: الموسوعة الفقهية ٣٢٩/٥، ٢٨٣/٣٥. وراجع أيضًا: قواطع الأدلة للسمعاني ٤٠٦/٢، الوسيط للغزالي ٣١٢/٥، ٣١٤، المنثور ٤٧/٣.

(٢) التمهيد لابن عبد البر ٢٢٩/١٢.

(٣) المبسوط ١٥٧/١٤.

(٤) انظر: المصدر السابق. وراجع أيضًا: المغني ٩٦/٤، الشرح الكبير للرافعي ٤٢٧/١١.

اختلف حكم الفسخ هنا عن حكم العقد لوجود معنى يوجب التفرقة بينهما، على ما سبق بيانه. ومن ذلك أيضًا المشتري إذا وجد بالمبيع عيبًا معتبرًا شرعًا له أن يرده ويفسخ البيع وإن لم يرض البائع، بخلاف ابتداء العقد حيث توقف العقد على رضاهما معًا، فلم يحمل هنا أيضًا الفسخ على الحمل، لوجود معنى أوجب التفرقة بين الأمرين، وهو لحوق الضرر بالمشتري بلا وجه شرعي. ومن الثاني: أن من أراد أن يعقد عقدًا من العقود لا بد أن يصدر منه ما يدل على إرادته لإنشاء العقد قولاً كان أو فعلاً، وكذلك إذا أراد أن يفسخه لا بد له من ذلك، وإلا لم يفسخ بمجرد النية، فقد أجري الفسخ هنا مجرى العقد بناءً على الأصل؛ لعدم وجود معنى يقتضي التفرقة بينهما، وهكذا يقال في بقية المواضع.

ولم نقف على خلاف بين الفقهاء الذين قالوا بالقياس في اعتبارهم لأصل القاعدة، وإن كانوا قد اختلفوا في تخريج بعض المسائل عليها، أما نفاة القياس فقياس مذهبهم عدم اعتدادهم بهذه القاعدة؛ لكونها من القواعد المبنية على القياس والتشبيه، والله تعالى أعلم.

أدلة القاعدة:

١- عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام[١]، فقال رسول الله ﷺ: «أتردِّين عليه

(١) ومعنى قولها: «أكره الكفر في الإسلام»: أي أكره إن أقمت عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر، ويحتمل أن تريد بالكفر كفران العشير؛ إذ هو تقصير المرأة في حق الزوج، ويحتمل أن يكون المعنى أخاف على نفسي في الإسلام ما ينافي حكمه من نشوز وفرك وغيره مما يتوقع من الشابة الجميلة المبغضة لزوجها إذا كان بالضد منها فأطلقت على ما ينافي مقتضى الإسلام الكفر ويحتمل أن يكون في كلامها إضمار أي إكراه لوازم الكفر من المعاداة والشقاق والخصومة. انظر: فتح الباري لابن حجر ٩/٤٠٠.

حديقته؟» قالت: نعم، فقال رسول الله ﷺ «اقْبَل الحديقةَ وطلِّقها تطليقةً»[١].

ووجه الدلالة من الحديث هو أن الرسول ﷺ أوجب للزوج عند الفسخ ما كان واجبًا للزوجة عند العقد. أو بعبارة أخرى: «لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض»[٢]، فدل على أن فسخ النكاح بالخلع معتبر بأصل العقد. ويقاس على الخلع سائر الفسوخ.

٢- عن عبد الرحمن بن أبي نعم، قال: حدثني رافع بن خديج أنه زرع أرضا، فمر به النبي ﷺ وهو يسقيها، فسأله: «لمن الزرع، ولمن الأرض؟» فقال: زرعي ببذري وعملي، لي الشطر، ولبني فلان الشطر، فقال: «أربيتما، فردَّ الأرض على أهلها، وخذ نفقتك»[٣].

فقد أمر الرسول ﷺ بفسخ العقد، وأوجب لكل واحد من المتعاقدين ما كان من حقه عند ابتداء العقد.

٣- ويدل لها من المعقول أن الفسخ يشبه العقد من حيث إن الفسخ مرتب على العقد، كما أن الفسخ أيضًا تترتب عليه أحكام وآثار كما تترتب على العقد من نقل الأملاك من شخص إلى آخر، أو نقل الحقوق، أو تغيير الحال السابقة[٤]، فلذلك كانت الفسوخ معتبرة بابتداء العقود.

---

(١) رواه البخاري ٧/٤٦-٤٧ (٥٢٧٣) واللفظ له، ورواه بلفظ مقارب ٧/٤٧ (٥٢٧٤) - (٥٢٧٧).

(٢) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٢٤١، مغني المحتاج للشربيني ٣/٢٦٢.

(٣) رواه أبو داود ٤/١٤٦ (٣٣٩٥) واللفظ له، ورواه الدارقطني ٣/٣٧ (١٤٨)، والحاكم ٢/٤١، والبيهقي في الكبرى ٦/١٣٦، وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي.

(٤) انظر: القواعد والأصول الجامعة للشيخ السعدي، القاعدة الثانية عشرة.

تطبيقات القاعدة :

أولاً – التطبيقات التي هي أحكام جزئية :

١- إذا أوصى رجل بوصية فقبلها بعد موته ثم ردها على الورثة، فرده جائز إذا قبلوا ذلك؛ لأن الرد عليهم فسخ للوصية، وهم قائمون مقام الميت، ولو تصور منه الرد على الميت كان ذلك صحيحا إذا قبله، فكذلك إذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامه، وهذا لأن فسخ العقد معتبر بالعقد، فإذا كان أصل هذا العقد يتم بالإيجاب والقبول كذلك يجوز فسخه بالتراضي[١].

٢- لو تبايعا وتم القبض، ثم وجد المشتري بالسلعة عيبًا فإن العقد لا ينفسخ إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي؛ الصفقة تمت بالقبض، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالإقالة؛ وهذا لأن الفسخ يكون على حسب العقد؛ لأنه يرفع العقد، ثم العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي[٢].

٣- إذا شارك الراهن المرتهن في الرهن ونقضاه، وهو في يدي المرتهن، فهو رهن على حاله حتى يقبضه الراهن؛ لأن ضمان الرهن انعقد بالقبض... وفسخ العقد معتبر بأصل العقد، فكما أن ضمان الرهن لا يثبت بالعقد قبل القبض، فكذلك لا يسقط بالفسخ قبل الرد. فإن بدا للمرتهن أن يملكه فله ذلك، وليس للراهن أن يأخذه؛ لأن بعد العقد قبل التسليم كان للراهن أن يمتنع من التسليم فكذلك بعد الفسخ قبل

---

(١) المبسوط ٢٨/٤٩.

(٢) هذا مذهب الحنفية، خلافًا للشافعية الذين قالوا: إن هذا نوع فسخ فلا تفتقر صحته إلى القضاء ولا إلى الرضا كالفسخ بخيار الشرط، وبخيار الرؤية، وكما إذا كان الفسخ قبل القبض انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٨١.

الرد للمرتهن أن يمتنع من الرد حتى يستوفي دينه اعتبارا لأحد الجانبين بالآخر فبه تتم المعادلة[١].

٤- لو خالعها على مجهول، كثوب غير معين أو على حمل هذه الدابة، أو خالعها بشرط فاسد، كشرط أن لا ينفق عليها - وهي حامل - أو لا سكنى لها، أو خالعها بألف إلى أجل مجهول ونحو ذلك، بانت منه في هذه الصورة بمهر المثل، أما حصول الفرقة فلأن الخلع - إن اعتبر فسخًا - فالنكاح لا يفسد بفساد العوض فكذا فسخه؛ إذ الفسوخ تحكي العقود[٢].

٥- لو أن الموكل عزل الوكيل، ولم يعلم الوكيل بالعزل فإنه يبقى على وكالته، ولا ينعزل حتى يعلم؛ لأنه لما كان علمه معتبرا في عقدها وجب أن يكون علمه معتبرًا في حلها[٣]؛ بناءً على موجب هذه القاعدة.

٦- لا يجوز لأحد أن يكره أحدًا على فسخ عقد البيع أو نحوه من العقود، إلا أن يكون الإكراه بحق، فإن كان ظلمًا فإن هذا الفسخ يكون لاغيًا، والعقد باقٍ؛ فكما أن العقد يشترط فيه أن يكون صادرًا عن رضا واختيار، فكذلك فسخه يشترط فيه رضا من يملك حق الفسخ[٤].

---

(١) المبسوط ٢١/١٦٦.

(٢) انظر: كفاية الأخيار ص ٣٨٤.

(٣) هذا قول الحنفية ومن وافقهم، خلافًا لقول الشافعية ومن وافقهم من أن الوكيل ينعزل بمجرد قول الموكل: إني فسخت الوكالة، وسواء أعلم به الوكيل أم لا، لأن كل عقد جاز لأحد المتعاقدين رفعه بغير رضا صاحبه جاز له رفعه بغير علمه. ولم يعتبروا حال الفسخ هنا بحال العقد، لأنه لما كان رضاه معتبرًا في العقد كان علمه معتبرًا، وليس كذلك الفسخ. انظر: الحاوي ٦/٥١٢.

(٤) انظر: الشرح الممتع ١٣/٢٣، الموسوعة الفقهية ٦/١٠٥ فما بعدها.

٧- إذا اشترى إنسان من آخر سلعة بألف دينار - مثلاً - وأشار إليها ثم أعطى البائع ألفًا غيرها لزم البائع قبولها، لأن النقود لا تتعين بالتعيين، وكذلك إذا فسخ العقد بسبب من الأسباب فلا يلزم البائع رد عين النقود التي أخذها من المشتري وله أن يعطيه غيرها ما داما سواءً[١]؛ لأن فسخ العقد معتبر بالعقد، فكما لا تتعين النقود في العقود فكذلك لا تتعين في الفسوخ.

٨- لا يصح تعليق الرجوع عن الهبة بالشرط، كأن يقول: إذا جاء رأس الشهر فقد رجعت؛ وذلك لأن الفسوخ لا تقبل التعليق كالعقود[٢].

٩- لو فسخ عقد البيع وقد زاد المبيع زيادة متصلة كأن كان حيوانًا فسمن، مثلاً، فاز البائع بها؛ لأن الفسخ كالعقد[٣]، والزيادة تتبع الأصل في العقود فكذلك في الفسوخ[٤].

١٠- يجوز للإنسان أن يوكل غيره في فسخ أي عقد يجوز أن يوكل في عقده، فيجوز أن يوكله -مثلاً- في الفسخ بعيب، والإقالة، ومخالعة زوجته، ونحو ذلك؛ لأنه يجوز له أن يوكل في عقدها فجاز أن يوكل في فسخها، قياسًا للفسوخ على العقود[٥].

---

(١) موسوعة القواعد الفقهية ٣٣٦/٢. وانظر أيضًا: المبسوط ١٤/١٢- ١٣.

(٢) انظر: الجوهرة النيرة ٣٣١/١، تحفة المحتاج ٣٣١/٦، إعانة الطالبين ١٥١/٣.

(٣) انظر: حاشية عميرة ٣٦٨/٢، وراجع أيضًا: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٤٦/١، جامع المقاصد للكركي ٢٦٤/٩. وانظر أيضًا: صياغة قاعدة "الزيادة المتصلة تتبع في الفسوخ والعقود".

(٤) انظر: مسالك الأفهام للشهيد الثاني ٢٣٥/٨.

(٥) انظر هذا المعنى في أسنى المطالب ٢٦١/٢، بداية المجتهد لابن رشد ٣٠١/٢.

ثانيًا - التطبيقات التي هي قواعد فقهية :

التطبيق الأول من القواعد :

٩٤٨ ـ نص القاعدة: كُلُّ حَقٍّ يَجِبُ لأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ عِنْدَ العَقْدِ يَجِبُ لِلآخَرِ مِثْلُهُ عِنْدَ الفَسْخِ[١].

شرح القاعدة :

هذه القاعدة وإن كانت متفرعة مباشرة من القاعدة الأم ها هنا - من حيث إن من جملة اعتبار الفسخ بأصل العقد أن يثبت لأحد المتعاقدين عند الفسخ مثل ما كان ثابتًا للآخر عند العقد - غير أن لها في الوقت نفسه علاقة وثيقة أيضًا بالقاعدة الأخرى: «المعاوضة مبناها على المعادلة والمساواة»[٢]، بل القاعدة التي بين أيدينا مبنية على تلك القاعدة؛ لأنها تعني وجوب التساوي بين المتعاوضين فيما لهما من الحقوق وما عليهما من الواجبات والالتزامات، ولاشك أن المقصود من هذه القاعدة تحقيق صورة من صور تلك المعادلة بين الطرفين، وذلك بأن يجب لأحدهما عند الفسخ من الحقوق ما كان واجبًا للآخر في ابتداء العقد. وهذا يقتضي أن تكون القاعدة من القواعد المتفق على أصلها بين الفقهاء، وإن كانت متداولة عند الحنفية خاصة، وقد بنوا عليها ضابطًا في البيوع عبروا عنه بألفاظ مختلفة وخرجوا عليه كثيرًا من الفروع الفقهية، وهو: «حال المشتري مع البائع عند الفسخ كحال البائع معه عند العقد»، وقولهم «حال رب السلم مع المسلم إليه بعد الفسخ كحال المسلم إليه مع رب السلم حال قيام العقد قبل قبض رأس المال»[٣].

---

(١) الفروق للكرابيسي ٢/٦٦.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٦٦/٣٠.

(٣) المبسوط ١٢٨/١٢.

ومن تطبيقاتها :

١- لو أن زوجة قبضت المهر كاملاً ثم طلقها قبل الدخول، وقد نقص المهر عندها بآفة سماوية قبل الطلاق، فالزوج بالخيار: إن شاء أخذ نصفه ناقصا ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء أخذ نصف القيمة يوم القبض؛ لأن حقه معها عند الفسخ كحقه معها عند العقد، ولو حدث نقصان في يده بآفة سماوية كان لها الخيار بين أن تأخذه ناقصا أو قيمته فكذا حق الزوج معها عند الفسخ(١). وكذلك لو حصلت الفرقة قبل الدخول سقط جميع المهر عن الزوج؛ لأنها وجب لها المهر كاملاً بالعقد، فكذلك يجب سقوطه عن الزوج بالفسخ قبل الدخول(٢).

٢- من رهن غيره شيئًا بدين، ثم جاء بشيء آخر ليكون رهنًا مكان الأول جاز ذلك، إلا أنه لا يخرج الأول عن ضمان الرهن إلا بالرد على الراهن، حتى لو هلك في يده قبل الرد، يهلك بالدين؛ لأن الضمان كما لا يثبت بدون القبض، فكذلك لا يتم الفسخ بدون نقض القبض(٣).

٣- لو تبايع الشخصان، ثم حصل الفسخ لسبب من الأسباب، فأبى المشتري أن يدفع المبيع حتى يقبض الثمن فله ذلك؛ لأن حال المشتري بعد الفسخ كحال البائع قبل التسليم وقد كان له أن يحبس

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٣٠٢.

(٢) انظر: المصدر السابق ٢/٢٩٥. وراجع المسألة أيضًا في مواهب الجليل ٥/٣٢، المغني ٧/٩، الموسوعة الفقهية ٨/١٢٢، ١١/١٢٩. وقد خالف في ذلك ابن حزم – رحمه الله تعالى – قائلاً: إن "الصداق واجب لها بصحة العقد - دخل بها أو لم يدخل - فإذا انفسخ فحقها في الصداق باق، كما لو مات ولا فرق" المحلى ٩/٧٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٧٠.

المبيع ليستوفي الثمن فللمشتري بعد الفسخ أن لا يرده حتى يستوفي الثمن[١]. «وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا من المشتري ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع»[٢].

٤- لو ردت السلعة إلى البائع بفسخ العقد، ثم بعد الاسترداد وجد بها عيبًا حدث عند المشتري، فهو بالخيار: إن شاء ردها على المشتري وأخذ منه الثمن، وإن شاء أمسكها؛ لأن المشتري إذا وجد بها عيبا كان عند البائع ثبت له الخيار، فكذلك البائع إذا وجد بها عيبا كان حدث عند المشتري[٣]؛ لأن ما وجب لأحد المتعاقدين عند العقد وجب لآخر مثله عند الفسخ.

٥- «ليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن...لأن المبيع مقابَل به فيصير محبوسا به كالرهن، وعلى هذا الإجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجائز إذا تفاسخا، فللمستأجر أن يحبس ما استأجره حتى يأخذ الأجرة التي دفعها للمؤجر. وكذا المرتهن حتى يقبض الدين؛ لأن هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين البدلين»[٤] بناءً على موجب هذه القاعدة.

٦- من اشترى شيئًا بكُرٍّ[٥] حنطة جيدة – أو وسط – فإن هذا العقد يجوز استحسانًا، فإذا وجد المشتري بالسلعة عيبًا - وقد استهلك البائع الكر - رده وأخذ كرا مثل كره، وكذلك لو كان ذلك الكر عند البائع

---

(١) انظر: المبسوط ٢٥/٩٦، و٨/٢٦، ١٤/١١٠، بدائع الصنائع ٦/١٥٦، البحر الرائق ٨/٢٦٧.

(٢) بدائع الصنائع ٦/١٥٦.

(٣) انظر: المبسوط ٢٥/١٨٤. وراجع أيضًا: تحفة المحتاج ٤/٣٧٧.

(٤) فتح القدير ٦/٤٦٩ – ٤٧٠. وانظر أيضًا: شرح الأزهار ٣/٢٨٢

(٥) الكُرُّ: كيل معروف، والجمع أكرار، وهو ستون قفيزًا، أو اثنا عشر وسقًا. انظر: المصباح المنير، مادة "كرر".

بعينه كان له أن يرد كرا مثله؛ لأن حال المشتري مع البائع عند الفسخ كحال البائع معه عند العقد، وقد كان للبائع على المشتري كر في ذمته يعطيه المشتري من أي موضع شاء فكذلك البائع يفعله عند الفسخ(١).

التطبيق الثاني من القواعد :

٩٤٩ ـ نص القاعدة: الأَصْلُ أَنَّ ما كانَ تَابِعًا في العَقْدِ يَكُونُ تَابِعًا في الفَسْخِ(٢).

شرح القاعدة :

التابع في هذه القاعدة يشمل كل ما كان تابعًا لغيره في الحكم، سواء أكان من أجزائه، مثل الجنين، والثمرة غير المؤبرة، أم كان من لوازمه وضرورياته، مثل حريم المعمور - وهو ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع به- ومفتاح القفل ونحو ذلك.

هذه القاعدة أيضًا من القواعد المتفرعة من القاعدة الأم ها هنا؛ لأنها تتعلق بأحد مجالاتها، وهو اعتبار الفسخ بالعقد في تبعية شيء لغيره، ومعناها: أن الشيء إذا كان تابعًا لغيره في العقد بموجب النص، أو بمقتضى اللغة أو العرف أو غير ذلك من أسباب التبعية - بحيث إنه يدخل في العقد وإن لم ينص عليه في صلب العقد - فكذلك يكون تابعًا له عند فسخ العقد أو انفساخه، ولا يثبت له حكم مستقل؛ لأن التابع تابع، سواء أكان ذلك في العقد أم كان في الفسخ، ومن أشهر أمثلتها أن «الزيادة المتصلة تتبع الأصل في العقود والفسوخ»

---

(١) انظر: المبسوط ١٠٣/١٣.

(٢) بدائع الصنائع ٢٨٥/٥، مصادر الحق ٢٨٥/٤، نظرية تحمل التبعية لمحمد زكي ص ١١٩.

فمتى كانت الزيادة تابعة للعين وفاز بها من انتقلت العين إليه بموجب العقد، عادت إلى المالك الأول عند الفسخ تبعًا كذلك؛ «لأن مقتضى عقد المعاوضة عند فسخه رجوع كل عوض إلى صاحبه، أو بدله»[١]. ومرد ذلك – في الواقع – إلى مضمون القاعدة المتفرعة السابقة من وجوب العدل والمساواة بين المتعاقدين، فإذا ثبتت لأحد المتعاقدين العين بتوابعها بالعقد، ثبت ذلك للآخر بالفسخ، فالتابع لا ينفك عن متبوعه بحال، لا في العقد ولا في الفسخ.

وهذه القاعدة كما هي معتبرة عند الفقهاء بمنطوقها هي معتبرة عندهم كذلك بمفهومها: أي أن ما لم يكن تابعًا لغيره عند إطلاق العقد لا يكون تابعًا له عند الفسخ.

والقاعدة تجري في جميع عقود المعاوضات، وإن كان معناها أكثر استعمالاً في أبواب البيوع.

ومن تطبيقاتها :

١- إذا اشترى بهيمة حاملا ثم وجد بها عيبا، وأراد ردها وفسخ البيع فإن كانت ما زالت حاملا، ردها كذلك[٢]؛ بناءً على موجب هذه القاعدة.

٢- لو اشترى أرضا فيها أصول الكراث ونحوه وأدخلت في البيع فنبت في يد المشتري ثم عرف بالأرض عيبا، وأراد الفسخ، يردها ويبقى النابت للمشتري فإنها ليست تبعا للأرض، لأن الظاهر منها في ابتداء البيع لا يدخل فيه[٣]. فكذلك لا يدخل النابت منها في الفسخ؛ بناءً على مفهوم هذه القاعدة.

---

(١) الروضة البهية ٤/٢٩. وقد عبر بعضهم عن هذا المعنى بقوله: "كل عقد تعقبه الفسخ -بإقالة أو خيار- يرجع كل مال إلى صاحبه قبل العقد" القواعد الفقهية للبجنوردي ٣/٣٨٧.

(٢) انظر: الشرح الكبير للرافعي ٨/٣٨٢.

(٣) انظر: المصدر السابق ٨/٣٨٣، روضة الطالبين ٣/٤٩٢.

٣- من باع دارًا دخل في مطلق العقد الأرض، وكل بناء متصل بها اتصال قرار؛ لأن البناء تابع للأرض، فإذا فسخ البيع رجع كل ذلك إلى صاحب الدار تبعًا لها[1]؛ لأن ما كان تابعًا في العقد يكون تابعًا في الفسخ.

٤- ما لا يتميز من الزيادة في الرهن، كسمن الدابة مثلاً، فإنه تابع للعين المرهونة إجماعًا[2]، فكذلك يكون تابعًا لها عند فسخ العقد.

د. محمد خالد عبد الهادي هدايت

* * *

(١) انظر: العناية ٤١٧/٨، نهاية المحتاج ١٣١/٤.

(٢) انظر: القوانين الفقهية ص ٢١٣.

رقم القاعدة: ٩٥٠

نص القاعدة: الغَرَرُ فِي العُقُودِ مَانِعٌ مِن الصِّحَّة[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- لا عقد مع الغرر[٢].

٢- الغرر يبطل العقود كلها[٣].

٣- الغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره[٤].

قواعد ذات علاقة :

١- الاحتراز عن الغرر واجب ما أمكن[٥]. (أصل للقاعدة).

٢- كل ما كان من باب المعروف لا يفسده الغرر[٦]. (مستثناة).

٣- الجهالة تفسد العقد[٧]. (أخص).

---

(١) التحبير شرح التحرير للمرداوي ٦/٢٨٩٢، شرح الكوكب المنير لابن النجار ص ٤٥٠.
(٢) نظرية التقعيد الفقهي للدكتور الروكي ص ٣٦٧.
(٣) العناوين لمير عبد الفتاح المراغي ٢/٣١٢.
(٤) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤/٢٠٤.
(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٨٠. ووردت في شرح ميارة على التحفة ٢/١٠١ بلفظ: "العدول عن ارتكاب الغرر متى أمكن واجب".
(٦) النوازل الصغرى للوزاني ٣/٢٨٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٧) تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٣١٤، نظرية التقعيد الفقهي للدكتور الروكي ص ٣٦٨، ولفظه: "تبطل العقد". وانظر قاعدة: "عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة" في قسم القواعد الفقهية.

٤- يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع[١]. (استثناء).

٥- الأصل أن بيع الغرر باطل[٢]. (أخص).

٦- الغرر مبطل للإجارة[٣]. (أخص).

٧- لا يصح رهن الغرر[٤]. (أخص).

شرح القاعدة:

الغَرر في اللغة هو الخطر[٥].

وفي اصطلاح الفقهاء هو: «ما كان مستور العاقبة»[٦]، أو «ما شك في حصول أحد عوضيه، أو المقصود منه غالبًا»[٧].

فالغرر يجعل صاحبه يعتمد على أمر موهوم غير موثوق به، وسمي كذلك لأن ظاهره يغر العاقد ويورطه في نتيجة موهومة[٨].

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٧٣. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) المجموع للنووي ٩/٣١١. وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) جامع المقاصد للكركي ٧/١٠٦.

(٤) البحر المحيط في التفسير لأبي حيان الأندلسي ٢/٧٤٤.

(٥) انظر: لسان العرب لابن منظور ٥/١٣، مختار الصحاح للرازي ص ٢٢٥، المصباح المنير للفيومي ص٤٤٥.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٣/١٩٤. وهو التعريف الذي اختاره الدكتور الصديق الضرير ورجحه في كتابه الغرر وأثره في العقود ص ٥٤ بقوله: "لأنه أجمع التعريفات للفروع الفقهية التي أدخلها الفقهاء تحت الغرر، مع قلة كلماته"، فهو يشمل الغرر بنوعيه: ما شُكّ في حصوله وتردد بين الوجود والعدم، والمجهول. وقد عرفه ابن تيمية في مجموع الفتاوى ٢٩/٢٢ بلفظ قريب منه أيضًا: "الغرر هو المجهول العاقبة".

(٧) شرح حدود ابن عرفة ص ٢٥٥.

(٨) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٧٤٤.

ومعنى **القاعدة**: أن وجود الغرر في عقد من العقود يمنع صحة العقد، ويبطله، ويجعل وجوده كعدمه؛ فلا يترتب عليه أثر من آثار العقد، من نقل الملكية، وإباحة المنفعة، وغير ذلك من الحقوق المترتبة عليه، سواء أكان الغرر في العوض أو المعوض أو الأجل أو غير ذلك من متعلقات العقد. فمن عقد على شيء مجهول في أصله؛ يحتمل الوجود والعدم، كبيع الثمار قبل أن تخلق، وبيع الطير في الهواء قبل أن يصطاد، أو عقد على شيء لا يعرف صفته أو جنسه أو قدره؛ كأن يعقد على سيارة مجهولة لا يعلم نوعها، فعقده باطل؛ لأن ذلك يفضي إلى النـزاع والشحناء، «وكل عقد يؤدي إلى النـزاع فهو فاسد»[1]، وخاصة في المعاوضات، وذلك لأن الأصل فيها «هو التعادل من الجانبين، فإن اشتمل أحدهما على غرر أو ربا، دخلها الظلم، فحرمها الله الذي حرم الظلم على نفسه، وجعله محرما على عباده»[2]. ثم إنه «يلحق بمعنى إضاعة المال؛ لأنه قد لا يحصل المبيع فيكون بذل ماله باطلا»[3].

والغرر مفهومه واسع يشتمل على صور كثيرة؛ قال الإمام النووي: «وأما النهي عن بيع الغرر فهو أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة: كبيع الآبق، والمعدوم، والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملك البائع عليه، وبيع السمك في الماء الكثير، واللبن في الضرع، وبيع الحمل في البطن، وبيع بعض الصبرة مبهما، وبيع ثوب من أثواب، وشاة من شياه، ونظائر هذا، وكل هذا باطل؛ لأنه غرر من غير حاجة»[4]. وقد اهتم الفقهاء وخاصة المالكية بضبط هذه الصور وذكر أصولها

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ١/١٧٨.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/١٠٧.

(٣) المعلم بفوائد صحيح الإمام مسلم ٢/٢٤٣.

(٤) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/١٥٦، ١٥٧.

وأنواعها[١]، فذكر الإمام القرافي أن الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء، وهي:

١- الوجود؛ كشراء العبد الآبق.

٢- والحصول إن علم الوجود[٢]؛ كالطير في الهواء.

٣- وفي الجنس؛ كسلعة لم يسمها.

٤- وفي النوع؛ كعبد لم يسمه.

٥- وفي المقدار؛ كالبيع إلى مبلغ رمي الحصاة.

٦- وفي التعيين؛ كثوب من ثوبين مختلفين.

٧- وفي البقاء[٣]؛ كبيع الثمار قبل بدو صلاحها[٤].

واستدرك عليه الشيخ محمد علي المالكي الجهل بالأجل إن كان هناك أجل، والجهل بالصفة، فأوصلها إلى تسعة[٥]. وقسم ابن جزي الغرر إلى عشرة أنواع، فزاد أشياء ونقص أخرى[٦].

والفساد الواقع في العقود بسبب الغرر، لا يرتفع برضا المتعاقدين؛ لأن المنع فيه ليس لحق العبد وحده، بل فيه حق الله تعالى أيضًا، وحق الله لا يملك

---

(١) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٧٧-١٧٨، بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٤٨.

(٢) والفرق بين الحصول والوجود هو: أن الوجود خلاف العدم، فالغرر في بيع المعدوم غرر في الوجود، وأما الغرر في الحصول فالمراد به التردد في حصول الشيء للشخص مع وجوده في الواقع، كبيع السمك في البحر.

(٣) وهو ما عبر عنه ابن رشد بقوله في بداية المجتهد ٢/١٤٨ في بيان أنواع الغرر: الغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه، وذكر منها: الجهل بسلامته - أعني: بقاءه.

(٤) انظر: الفروق للقرافي ٣/٢٦٥.

(٥) انظر: تهذيب الفروق لمحمد علي المالكي ٣/٢٧١.

(٦) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٦٩- ١٧٠.

العبد إسقاطه، قال القرافي: «قد يوجد حق الله تعالى، وهو ما ليس للعبد إسقاطه، ويكون معه حق العبد؛ كتحريمه تعالى لعقود الربا والغرر والجهالات، فإن الله تعالى إنما حرمها صونا لمال العبد عليه، وصونا له عن الضياع بعقود الغرر والجهل، فلا يحصل المعقود عليه، أو يحصل دنيا ونزرا حقيرا فيضيع المال، فحجر الرب تعالى برحمته على عبده في تضييع ماله الذي هو عونه على أمر دنياه وآخرته، ولو رضي العبد بإسقاط حقه في ذلك لم يؤثر رضاه»[١].

والغرر على نوعين:

أحدهما: ما يرجع إلى أصل وجود المعقود عليه؛ مثل بيع المعدوم؛ كالثمر قبل انعقاد شيء منه، وكبيع المضامين، والملاقيح[٢]، وحَبَل الحبلة[٣]، أو يرجع إلى ملكية المعقود عليه في نفسه؛ كبيع الكلأ في منابته، والماء في منابعه قبل أن يحرز، وكبيع ضربة القانص والغائص، أي: ما سيخرجه الصياد في شبكته، والغائص في غوصته من السمك أو الدرر، أو يرجع إلى القدرة على تسليمه؛ كبيع البعير الشارد والمغصوب من غير الغاصب - فهذا يوجب بطلان العقد، فلا ينعقد في شيء من ذلك بالاتفاق[٤]؛ لوجود الغرر في أصل المعقود عليه.

---

(١) الفروق للقرافي ١/١٤١.

(٢) المضامين: جمع مضمون بمعنى متضمن، وهي: ما في أصلاب الفحول، أي ما سينتج من أصلاب الفحول. والملاقيح جمع ملقوحة، وهي ما في بطون الأمهات من الأجنة. وعكَس البعض، فجعل الملاقيح ما في ظهور الجمال، والمضامين ما في بطون الإناث. انظر: العين للخليل بن أحمد ٦/١٢٣، لسان العرب لابن منظور ٢/٥٨٠، مادة: ضمن، النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٣/١٠٢.

(٣) حَبَل الحبلة، هو بيع نتاج النتاج، أو الأجل المجهول، أي يبيع شيئا بثمن إلى نتاج النتاج أو إلى أن تنتج الناقة، ثم تحمل التي نتجت، كما فسره ابن عمر رضي الله عنه. انظر: المصباح المنير ص١١٩، مادة: حبل، النهاية في غريب الحديث لابن الأثير١/٣٣٤، طرح التثريب للعراقي٦/٥٩.

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٩/١٨٦، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٥٨. وانظر نقل الإجماع على بعض صوره، كبطلان بيع المعدوم في: المجموع شرح المهذب للنووي ٩/٣١٠، البحر الزخار للمرتضى ٤/٣٨٢.

والآخر: ما يرجع إلى وصف في المعقود عليه أو مقداره، أو يورث في العوض أو في الأجل جهالة، فهذا محل خلاف بين أهل العلم، فالجمهور يبطلون العقد في ذلك أيضًا بالغرر، أما الحنفية فبناء على تفريقهم بين البطلان والفساد قالوا: إذا كان الغرر في الأوصاف والمقادير ونحو ذلك فهو يوجب فساد العقد، لا بطلانه[١]، والعقد الفاسد يمكن تصحيحه برفع المفسد، بينما الباطل لا يمكن تصحيحه. وسبب ذلك أن العقد الباطل معدوم شرعا، أما الفاسد فتوجد فيه أركان العقد كاملة، وفساده ناشئ عن وجود وصف مقترن بالعقد منع منه الشارع، كالغرر، فإذا زال عنه الوصف الممنوع زال عنه الخلل، وصار مشروعا تترتب عليه آثاره، كما تقرره قاعدة: «ارتفاع المفسد في العقد الفاسد يرده صحيحا»[٢].

ولكن فساد العقود بالغرر في العقود ليس على إطلاقه، بل هو مقيد بما إذا أمكن الاحتراز عنه دون حرج ومشقة؛ قال الإمام عز الدين: «كل غرر عسر اجتنابه في العقود، فإن الشارع يسمح في تحمله»[٣]، ولذلك اشترط الفقهاء رحمهم الله للغرر المؤثر في صحة العقد أوصافا تضبط مسائله، وتحدد مساره، وهي:

الأول: أن يكون الغرر كثيرًا غالبًا على العقد.

أما إذا كان يسيرا فهو معفو عنه اتفاقا؛ إذ لا يكاد يخلو منه شيء من العقود؛ قال أبو الوليد الباجي: «نهيه ﷺ عن بيع الغرر يقتضي فساده، ومعنى بيع الغرر: ما كثر فيه الغرر وغلب عليه، حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر،

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٧٤٤- ٧٤٥.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٢٢، رد المحتار لابن عابدين ٥/٧١.

(٣) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/٧٦.

فهذا الذي لا خلاف فيه في المنع منه. وأما يسير الغرر فإنه لا يؤثر في فساد عقد البيع، فإنه لا يكاد يخلو عقد منه»[١].

وزاد المالكية قيدا في ذلك وهو أن يكون الغرر اليسير غير مقصود، قال الشيخ خليل في مختصره: «واغتُفِر غرر يسير للحاجة لم يُقصد»[٢]، قال النفراوي: «قيد خليل الغرر اليسير بعدم قصده للاحتراز عن اليسير الذي يقصد، كشراء الحيوان بشرط حمله، حيث كان حمله يزيد في ثمنه، فإنه غير جائز»[٣].

الثاني: ألا تدعو إلى الغرر ضرورة أو حاجة.

قال الونشريسي: «الغرر إذا دعت إليه الضرورة اغتفر»[٤]، وقال ابن رشد في ضابط الغرر غير المؤثر: «وإن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه ضرورة، أو ما جمع بين أمرين»[٥].

والحاجة المتعينة[٦]، تلحق بالضرورة في الحكم، فتبيح الغرر عند وجودها.

وإباحة الغرر في هذه الحالة غير مقيد باليسير، بل يباح وإن كثر، كما في عقد الجعالة، فالقياس فيه عدم الجواز؛ لجهالة العمل وجهالة الأجل، إلا أنه جوز استثناء للحاجة[٧]، قال الإمام ابن رشد: «هو في القياس غرر، إلا أن

---

(١) المنتقى للباجي ٥/٤١.

(٢) مختصر خليل ص ١٤٩.

(٣) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي ٢/٨٠.

(٤) المعيار المعرب للونشريسي ٦/٤٤١.

(٥) بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٧٥.

(٦) ومعنى كون الحاجة متعينة: أن تنسد جميع الطرق المشروعة للوصول إلى الغرض، سوى ذلك العقد الذي فيه الغرر. انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥/٣٤١٩.

(٧) انظر: المنتقى شرح الموطأ ٥/١١٢، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٤٥، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٦/٤٨٣، المغني لابن قدامة ٦/٢٠، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣١/١٥٩.

الشرع قد جوزه»[1]، وكذلك السّلم فهو «عقد غرر جوز للحاجة»[2]، و«رخصة مستثناة من بيع ما ليس عند بائعه»[3].

ولكن يقتصر في هذه الحالة على موضع الضرورة أو الحاجة؛ لأن «الضرورة تقدر بقدرها»[4]، و«الثابت بالحاجة لا يعدو موضع الحاجة»[5]. فجواز الجعالة مع جهالة العمل لا يعني جوازها مع جهالة الجُعل؛ لأن الحاجة تدعو إلى جهالة العمل، وأما جهالة الجعل فلا حاجة تدعو إليها؛ قال الباجي: «لا يجوز أن يكون الجعل مجهولا؛ لأنه لا ضرورة تدعو إلى ذلك، وإنما جاز أن يكون العمل مجهولا؛ للضرورة الداعية إلى ذلك»[6].

الثالث: أن يكون الغرر في ما يتناوله العقد أصالة، أما إذا كان في التابع فلا يؤثر؛ إذ من المقرر شرعا أنه «يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع»[7]؛ فلا يجوز أن تباع الثمرة التي لم يبد صلاحها مفردة؛ لما في ذلك من الغرر، ولكن لو بيعت مع أصلها جاز، وذلك «لأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعا في البيع، فلم يضر احتمال الغرر فيها»[8].

ومما ينبغي التنبه له أن كثيرا من الفقهاء يجمع بين الغرر والجهالة، وذلك لشدة الارتباط بينهما، بل منهم من يرادف بينهما، وعند التأمل في كلام الفقهاء يتبين أن الغرر يشمل الجهالة بجميع صورها، وهو ظاهر من كلام الإمام النووي

---

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد ٢/٣٠٤.

(٢) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/١٢٢، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٥٤.

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٤/٥١٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/١٩٥.

(٤) المبسوط للسرخسي ١/١٢٢.

(٥) المبسوط ٣٠/٢٢٧.

(٦) المنتقى للباجي ٥/١١٢.

(٧) المغني لابن قدامة ٤/٧٣.

(٨) المغني لابن قدامة ٤/٧٣.

المذكور آنفا، وهو ما قرره الفقهاء بقولهم: «المجهول غرر»[١]، و«بيع المجهول غرر»[٢]، إلا أن القرافي فرق بينهما في الفرق بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر فقال: «اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين فيستعملون إحداهما موضع الأخرى. وأصل الغرر هو الذي لا يدرى هل يحصل أم لا؛ كالطير في الهواء، والسمك في الماء، وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول؛ كبيعه ما في كمه، فهو يحصل قطعًا لكن لا يدرى أي شيء هو، فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه، وأخص من وجه فيوجد كل واحد منهما مع الآخر، وبدونه»[٣]. فالغرر عند القرافي ما كان مجهول العاقبة، والجهالة تختص بما كان مجهول الصفات. ولكن عامة الفقهاء على أن الغرر أعم من الجهالة مطلقا، فكل مجهول غرر، وليس كل غرر جهالة، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة، كما في شراء الآبق المعلوم الصفات، ولكن لا توجد الجهالة بدون غرر. ويؤيد هذا قول الحافظ ابن حجر في بيان معنى بيع الغرر: «المراد به في البيع الجهل به، أو بثمنه، أو بأجله»[٤]، وقول الأزهري: «بيع الغرر: ما كان على غير عهدة ولا ثقة، وتدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول»[٥]، وهو ما قرره الدكتور الصديق الضرير بعد تتبع أقوال الفقهاء في المسألة[٦]، وأيده بصنيع بعض الفقهاء في تقسيم الغرر إلى أقسام، حيث إنهم ذكروا منها المجهول، كابن جزي والباجي وابن تيمية في القواعد النورانية.

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٦٤.

(٢) شرح ميارة على التحفة ١/٢٨٨. وفي كشاف القناع للبهوتي ٣/١٦٣ بلفظ: "جهالة المبيع غرر".

(٣) الفروق للقرافي ٣/٢٦٥.

(٤) فتح الباري لابن حجر ١/١٦٢.

(٥) النهاية في غريب الأثر لابن الأثير ٣/٦٦١.

(٦) انظر: الغرر وأثره في العقود للضرير ص ٦٠.

وقد اتفق الفقهاء على العمل بالقاعدة في باب البيوع وما شابهها من المعاملات، قال الإمام ابن رشد: «الفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز»[١]، وقال الشيخ الدردير: «الغرر الكثير كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يغتفر إجماعا»[٢]، واختلفوا في باب التبرعات، فذهب جمهور الفقهاء إلى «أن الغرر يؤثر في التبرعات كما يؤثر في المعاوضات من حيث الجملة، لكنهم يستثنون الوصية من ذلك»[٣]. أما المالكية فقالوا: «الغرر إنما يمنع في المعاوضات، دون التبرعات»[٤]، كما هو مبين في قاعدة: «كل ما كان من باب المعروف لا يفسده الغرر»[٥].

وقد يقع الخلاف في بعض مسائل القاعدة بسبب الاختلاف في كون الغرر الواقع فيها يسيرا أم لا؟ قال الإمام النووي: «ما وقع في بعض مسائل الباب من اختلاف العلماء في صحة البيع فيها وفساده؛ كبيع العين الغائبة مبني على هذه القاعدة، فبعضهم يرى أن الغرر حقير فيجعله كالمعدوم، فيصح البيع، وبعضهم يراه ليس بحقير فيبطل البيع»، وهو ما قرره القرافي بقوله: «الغرر والجهالة ثلاثة أقسام: كثير ممتنع إجماعا، كالطير في الهواء، وقليل جائز إجماعا، كأساس الدار وقطن الجبة، ومتوسط اختلف فيه، هل يلحق بالأول أم بالثاني؟»[٦]. قال الشيخ خليل: «وينبغي إذا شك في محل هل هو من اليسير أو من الكثير المنعُ؛ لأنه أسعد بظاهر الحديث»[٧].

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٥٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٦٠. وانظر شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٧٥.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣١/١٥٤. وانظر: الفروق للقرافي ١/١٥٠، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٥٩.

(٤) البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢/٢٥٠.

(٥) النوازل الصغرى للوزاني ٣/٢٨٤. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) الفروق للقرافي ٣/٢٦٥.

(٧) التوضيح لخليل بن إسحاق ٥/٣٤٤.

أدلة القاعدة:

١- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [سورة النساء: ٢٩].

والغرر من أكل أموال الناس بالباطل؛ قال الإمام ابن رشد: «معناه تجارة لا غرر فيها، ولا مخاطرة، ولا قمار؛ لأن التراضي بما فيه غرر أو خطر أو قمار لا يحل، ولا يجوز»[١]، وقال الإمام ابن أبي زيد القيرواني: «حرم الله سبحانه أكل المال بالباطل، ومن الباطل الغصب والتعدي والخيانة والربا والسحت والقمار والغرر والغش والخديعة والخلابة»[٢].

٢- ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر[٣].

٣- الأحاديث الكثيرة الواردة في منع صور مختلفة من بيوع الغرر، ومن ذلك: حديث ابن عباس رضي الله عنهما: نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة[٤]، وبيع الملامسة والمنابذة[٥]، وبيع الحصاة[٦]، ونحو ذلك.

٤- إجماع الفقهاء على أن الغرر مبطل للبيوع وما شابهها من المعاملات؛

---

(١) المقدمات الممهدات لابن رشد الجد ٧٦/٢.

(٢) الرسالة مع شرحها الفواكه الدواني ٢٨٤/٢.

(٣) رواه مسلم في صحيحه ١١٥٣/٣ (١٥١٣).

(٤) رواه البزار ١٠٩/١١ (٤٨٢٨)، والطبراني في الكبير ٢٣٠/١١ (١١٥٨١) عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(٥) رواه البخاري ٧٠/٣ (٢١٤٦)، ومسلم ١١٥١/٣ (١٥١١)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٦) سبق تخريجه.

قال ابن عبدالبر: «كثير الغرر لا يجوز بإجماع، وقليله متجاوز عنه»[(١)].

٥- لأن الغرر يفضي إلى النـزاع والشقاق، وما أفضى إلى النزاع فإن الشارع ينهى عنه ويسد بابه[(٢)].

تطبيقات القاعدة:

١- لا يجوز بيع السمك في الماء قبل اصطياده وامتلاكه؛ لأنه غير مملوك وغير مقدور على تسليمه، وذلك غرر[(٣)].

٢- لا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل، بأن يقول: إذا جاء المطر أو قدم فلان أو حصلت على عطية السلطان فقد بعتكه، لأن في ذلك غررا[(٤)]، والغرر في العقود مانع من الصحة.

٣- يجب في كراء السفن تعيين وقت السفر لاختلاف الأزمنة بالنسبة لوقت السفر وعظم الغرر في بعضها دون بعض، فقد ينقص الكراء في وقت لخطره، ويزاد في وقت لغلبة الأمن فيه، ولا بد من تعيين المحل الذي قصد السفر إليه، وذلك لاختلاف الأمكنة بالقرب، والبعد، والأمن، والخوف[(٥)]، وذلك لأن الغرر في العقود مانع من الصحة.

---

(١) الاستذكار لابن عبد البر ٤٠٩/٧. وانظر: الفروق للقرافي ٢٦٥/٣، بداية المجتهد لابن رشد ١٥٥/٢.

(٢) انظر: الالتزامات لأحمد إبراهيم ص ٩٦.

(٣) انظر: المبسوط ١٢/١٣، تبيين الحقائق للزيلعي ٤٥/٤، المهذب للشيرازي مع المجموع ٣٤٣/٩.

(٤) انظر: المهذب للشيرازي مع المجموع ٤١٥/٩.

(٥) انظر: شرح ميارة على تحفة الحكام ١٠١/٢.

٤- لا يجوز بيع الدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، والدهن في السمسم، والعصير في العنب، والسمن في اللبن؛ لأن ذلك بيع المعدوم؛ وبيع المعدوم غرر[١].

٥- إذا قال: بعتك شاة من هذا القطيع فالبيع فاسد؛ لأن شياة القطيع غير متساوية القيم، فبين شاة وشاة تفاوتا فاحشا، وفي ذلك جهالة وغرر يوجب فساد البيع[٢].

٦- لا يجوز بيع ثوب من أثوابه، أو عمامة من عمائمه؛ لما في ذلك من الجهالة والغرر من غير حاجة[٣].

٧- لا تصح هبة المجهول، كما لو قال وهبت لك سيارة من سياراتي، وهي متفاوتة في أوصافها وقيمتها؛ لما في ذلك من الغرر[٤].

٨- عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التامين محرم شرعا[٥]، لما في ذلك من الغرر؛ فهو يتعلق غالبا بأمر قد يحدث، وقد لا يحدث، والمؤمَّن له يدفع للشركة قسطا ثابتا محددا، في حين أن ما يتلقاه من مقابل غير معلوم الحصول، ولا المقدار، ولا الأجل، فقد يستفيد أضعاف ما دفعه، ولا تلزمه

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٣٩/٥، البحر الرائق لابن نجيم ٣٢٩/٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٥٦/٥، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ١٥٧/٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٤/٢.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٤٨/٤، المهذب للشيرازي مع المجموع ٣٤٦/٩.

(٤) انظر نظيره: المغني لابن قدامة ٣٨٤/٥.

(٥) أما إذا كان التأمين التجاري إلزاميا من قبل الدولة في مجال من المجالات، ولا خيار لأحد فيه، كالتأمين على السيارات ضد الغير، والتأمين الصحي فيجوز الاشتراك فيه للضرورة. وكما أنه يمكن تحقيق المقصود من التأمين عن طريق التأمين التعاوني القائم على التبرع الذي اتفق على جوازه الفقهاء المعاصرون. انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٣٤١٦/٥ وما بعده.

الزيادة، وقد لا يستفيد شيئًا فيخسر كل ما دفعه، ولا يسترد شيئا[١].

٩- تجري بعض الصحف مسابقة ثقافية أو ترفيهية، بغرض ترويج الصحيفة غالبا، ويشترط في الإجابة أن تكون على أصل القسائم (الكوبونات) المنشورة داخل الصحيفة، فشراء مثل هذه الصحف بغرض الحصول على القسيمة، والفوز بالمسابقة التي تطرح فيها محرم شرعا؛ لأن ذلك من القمار والغرر، فقد يربح المشارك وقد يخسر الثمن الذي دفعه للحصول على القسيمة[٢].

١٠- لا يجوز الاشتراك في المسابقات التي تجري عن طريق المكالمات الهاتفية إذا اشترط فيها دفع مبلغ معين على المكالمة زائدا عن السعر المعتاد، بحيث يستفاد منه في قيمة الجوائز؛ لأن ذلك من الغرر والقمار وأكل أموال الناس بالباطل، فقد يربح فيها المتصل أكثر مما دفعه مقابل اشتراكه، وقد يخسر[٣].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي ص ٥٩، قرار رقم: ٩ (٢/٩)، التأمين الإسلامي للدكتور علي القرة داغي ص ١٩١.

(٢) انظر: فتاوى اللجنة الدائمة ١٥/١٨٢، المسابقات والجوائز للدكتور رفيق المصري ص ١٦١.

(٣) انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي ص ٤٣٦، قرار رقم: ١٢٧ (١/١٤).

رقم القاعدة: ٩٥١

نص القاعدة: المـُعَاوَضَةُ يَفْسُدُ حُكْمُهَا بِالْغَرَرِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة :

١- الغرر في العقود مانع من الصحة[٢].

٢- لا تشرع عقود المعاوضات مع الغرر[٣].

٣- المعاوضة يخل بها الغرر[٤].

٤- الغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره[٥].

٥- الغرر لا يحتمل في المعاوضات[٦].

٦- الغرر إنما يمنع في المعاوضات لا في التبرعات[٧].

---

(١) الذخيرة للقرافي ٩/١٠٤.
(٢) التحبير للمرداوي ٦/٢٨٩٢.
(٣) الذخيرة للقرافي ٦/٤٣٦.
(٤) انظر: حاشية الطاهر بن عاشور على شرح التنقيح ٢/١٧٨.
(٥) المنتقى للباجي ٤/٢٠٤.
(٦) روضة الطالبين للنووي ٤/٤٢٩.
(٧) حلي المعاصم للتاودي ٢/٢٥٠.

قواعد ذات العلاقة :

١- عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة[١]. (متفرعة).

٢- مفسدة بيع الغرر إذا عارضتها المصلحة الراجحة قدمت عليها[٢]. (مقيدة).

٣- يسير الغرر لغو معفو عنه[٣]. (استثناء).

٤- ما يدعو إليه الضرر يجوز فيه بعض الغرر[٤]. (استثناء).

٥- العدول عن ارتكاب الغرر متى أمكن واجب[٥]. (مكملة).

٦- ما تردد بين الإحسان والمعاوضة لم يجز فيه الغرر[٦]. (مكملة).

٧- كل ما لم يتمحض للمعاوضة فالغرر فيه جائز على قدر ما فيه من معنى العطية[٧]. (قسيمة).

شرح القاعدة :

عقود المعاوضات: كل عقد احتوى على عوض من الجانبين، فيدخل تحته البيع الأعمُّ الذي يدخل فيه السلم وغيره من أنواع المعاوضات، وتخرج بذلك عقود التبرعات كالهبة والعارية وكل ما لا ينتظر فيه معاوضة[٨].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٤١٤.
(٢) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية ١/٣٥٠.
(٣) القبس لابن العربي ٢/٨١٤.
(٤) عمدة القاري للعيني ١٢/٢١.
(٥) شرح ميارة على تحفة ابن عاصم ٢/١٦٩.
(٦) تهذيب الفروق لمحمد علي بن حسين المكي ١/١٧١.
(٧) ترتيب اللآلي لناظر زاده ٢/٨١٢.
(٨) انظر: شرح ميارة الافاسي ٢/١٣٣، بلغة السالك للصاوي ٣/٤.

والمعاوضةُ تجري في الأعيان والذوات وفي المنافع وفي الحقوق والواجبات وحسم المنازعات فتشمل البيع والإجارة والصلح والإبراء وغير ذلك. والغرض من عقود المعاوضات إمَّا نقل ملك الذوات والأعيان أو نقل حق الانتفاع أو الاعتياض عن المتلفات أو الصلح عن الحقوق والمطالبات. ومقصود المتعاقدين في ذلك كلِّه الرِّبح، فيسعى كل واحد منهما إلى أخذ حقِّه كاملاً وافيًا غير منقوص، لذلك تكثر في المعاوضات المشاحَّة والمماكسة والمكايسة[١] .

والغرر عند الفقهاء: «ما يكون مستور العاقبة»[٢].

وعقود المعاوضات لابد فيها من العلم بأحكام مسائلها التي يُبحث فيها عن الصحيح والفاسد والجائز والممتنع . ومن ذلك العلمُ بأنها لا تصح مع الغرر ، للنهي الوارد في الشرع عنه ، فالغرر محرم بلا خلاف .

ومعنى القاعدة : أن عقود المعاوضات الصِّرفة إذا اشتملت على غرر يُغبن به أحد المتعاقدين فحكمها البطلان بحيث لا يترتب عليها أي أثر من آثار العقد الصحيح عند جماهير الفقهاء، فهي بهذه لا تنقل ملكاً ولا تُثبت حقًا ولا تُبيح منفعـة... إلخ، إذ إن الغرر من أشد العلل التي يبنى عليها الحكم بالبطلان والفساد في العقود، فتُمنع لأجله قبل انعقادها ولا تُعتبر لوازمها بعد إبرامها. فإذا أضفنا إلى ذلك تعدَّد أبوابه وتشعُّب مسائله وكثرة صور البيع التي تندرج تحته - بحيث إنها لا يُحاط بها ولا تُحصى[٣]- علمنا مدى انتشار العمل بهذه القاعدة عند الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، وتبين لنا أيضًا مدى أهمية العلم

---

(١) قـال القـاضي عياض: "المكايسة هي المحاكرة والمضايقة في المساومة في البيع" مشارق الأنوار ١/ ٣٥٠.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٢/ ١٩٤ و ١٣/ ٦٨.

(٣) الاستذكار لابن عبد البر ٦/ ٤٥٤.

بأحكام هذا النوع من التعاقد في حياة المسلمين كي يكون تداول الأموال وإباحة المنافع بينهم وسائر معاملاتهم سليمة من الناحية الشرعية، من أجل ذلك كان «النهي عن الغرر أصلا عظيماً من أصول كتاب البيوع ولهذا قدمه الإمام مسلم في صحيحه»[١].

إلا أن الشريعة لم تمنع كل غرر مهما كان نوعه وكيف ما كان مقدار تأثيره، وإنما جعلته درجات ثلاثًا؛ طرفان وواسطة، فمنه فاحش مفسد للعقد ممنوع باتفاق، ومنه حقير مغتفر ووجوده في المعاوضات كالعدم وهو جائز باتفاق، ومنه ما هو آخذ من الطرفين بشبه، فاختلف في حكمه أيلحق بالفاحش الممنوع أم باليسير المغتفر؟ وما وقع في بعض المسائل «من اختلاف العلماء في صحة البيع فيها وفساده، كبيع العين الغائبة على الصفة مبني على هذه القاعدة، فبعضهم يرى أن الغرر حقير فيجعله كالمعدوم فيصح البيع، وبعضهم يراه ليس بحقير فيبطل البيع»[٢]. وقد بين الخرشي المالكي، درجات الغرر بقوله: «الغرر ثلاثة أقسام: ممتنع إجماعًا كطير في الهواء، وجائز إجماعًا كأساس الدار، ومختلف فيه كبيع السلعة بقيمتها»[٣]. إلا أن ما يتسامح فيه من الغرر في بعض العقود ليس على إطلاقه، مما جعل الفقهاء يضعون شروطًا وضوابط محددة لإباحته، لخصها الشيخ خليل في عبارة موجزة دقيقة فقال: «واغتُفِر غرر يسير للحاجة لم يُقصد»[٤]، قال الشارح: يعني أن الغرر اليسير يغتفر إجماعًا، لكن حيث لم يقصد، كأساس الدار المبِيعة وإجارتها مُشاهَرة مع احتمال نقصان الشهور، وكالجُبة المحشوة واللِّحاف، ودخول الحمام مع اختلاف الاستعمال، فخرج بقيد اليسارة الكثير كبيع الطير في الهواء فلا يغتفر إجماعًا، وبقيد عدم

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/١٥٦.
(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/١٥٧.
(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ٥/٧٥.
(٤) مختصر خليل ص ١٨٣.

القصد خرج بيع الحيوان بشرط الحمل، وقيد الحاجة بيان للواقع إذ البيع من أصله من الأمور الحاجية[١]. يقول النووي: «قال العلماء مدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده على ما ذكرناه، هو أنه إن دعت حاجة إلى ارتكاب الغرر، ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة أو كان الغرر حقيرا جاز البيع وإلا فلا»[٢].

ويغتفر أيضًا الغرر اليسير إذا لم يكن في صُلب العقد وإنما كان في توابعه ولواحقه، وهذا مدلول قاعدة «يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع»[٣]، ومثاله بيع اللبن في الضرع مع الشاة والحمل مع الأم والسُقُوف في الدار وأساسات الحيطان[٤]. قال النووي: «يستثنى من بيع الغرر أمران **أحدهما** : ما يدخل في المبيع تبعًا فلو أُفرد لم يصح بيعه، **والثاني** : ما يُتسامح بمثله إما لحقارته أو للمشقة في تمييزه وتعيينه»[٥]، ويقول ابن تيمية: «وجوز النبي ﷺ إذا باع نخلا قد أبرت أن يشترط المبتاع ثمرتها، فيكون قد اشترى ثمرة قبل بدوِّ صلاحها، لكن على وجه البيع للأصل، فظهر أنه يجوز من الغرر اليسير ضمناً وتبعًا ما لا يجوز في غيره»[٦].

وقد جاء هذا المعنى بينا واضحا في الصيغة الأخرى من صيغ القاعدة: «الغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره»، كما صاغ الفقهاء قواعد بألفاظ صريحة ناصة على أن اليسير من الغرر غير داخل في المنع كقولهم: «يسير الغرر لغو معفو عنه» وقولهم: «الغرر النادر مغتفر في البياعات».

---

(١) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٥/ ٧٥ ، وانظر أيضًا: الكافي لابن عبد البر ١/ ٣٦٣.
(٢) المجموع ٩/ ٢٤٦.
(٣) المغني لابن قدامة ٤/ ٦٨.
(٤) المغني لابن قدامة ٤/ ٦٨.
(٥) فتح الباري لابن حجر ٤/ ٣٥٧.
(٦) الفتاوى لابن تيمية ٢٩/ ٢٦.

إذن فما استثني من بيوع الغرر - سواءً بالنص أو بالاجتهاد والقياس - فمرجعه إلى ما ذُكر من الشروط؛ إذ إنه لا يمكن حسم مادة الغرر في جميع المعاوضات، لأن هذه الغاية إما متعذِّرة أصلا أو لا يمكن بلوغها إلا بمشقة معتبرة في إسقاط التكليف، وكلا الأمرين مانع من الوجوب مسقط للمطالبة شرعًا، ومن ثم «لا بد من احتمال الغرر اليسير، وذلك كثير في مسائل الفروع»[1].

وقد عُلم من أصول الشريعة أيضًا أن الشيء الممنوع إذا عارضته مصلحة راجحة قُدمت عليه، لذلك «قدم رسول الله؟ مصلحة جواز البيع الذي يُحتاج إليه على مفسدة الغرر اليسير كما تقتضيه أصول الحكمة التي بُعث بها؟ وعلمها أمته، ومن طَرَدَ القياس الذي انعقد في نفسه غير ناظر إلى ما يعارض علَّته من المانع الراجح، أفسد كثيرًا من أمر الدِّين وضاق عليه عقله ودينه»[2].

ثم إن منع الغرر والجهالة مكمِّل وأصل البيع[3] ضروري، فلو اشتُرط نفي الغرر جملة لانحسَمَ باب البيع، ومن قواعد المقاصد أن «كل تكمِلة فلها - من حيث هي تكمِلة - شرط، وهو ألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال، وذلك أن كل تكملة يفضي اعتبارها إلى رفض أصلِها، فلا يصح اشتراطها عند ذلك»[4].

والحاصل أن عقود المعاوضات الخالصة لا تصحُّ مع الغرر الفاحش لأنه مخالف للغاية من إبرامها، فهو سبب للشحناء والنِّزاع لانطوائه على مُغابنة

---

(١) تفسير القرطبي ٣/٣٨٠.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/٥١.

(٣) مراد الشاطبي من قوله: (وأصل البيع) الأصل الذي يرجع إليه من الضروريات الخمس وهو حفظ المال لأن البيع وسيلة لحفظه.

(٤) انظر: الموافقات للشاطبي٢/٢٦-٢٧، والاعتصام لَهُ ٢/ ٦٤٤.

خارجة عن حد ما يتغابن الناس بمثله، فلا تباح هذه العقود وإن رضي بها المتعاقدان لتعلقها بحق الله تعالى، لأنه «قد يوجد حق الله تعالى - وهو ما ليس للعبد إسقاطه - ويكون معه حق العبد ،كتحريمه تعالى لعقود الربا والغرر والجهالات، فإن الله تعالى إنما حرمها صونًا لمال العبد عليه، وصونًا له عن الضياع بعقود الغرر والجهل، فلا يحصل المعقود عليه، أو يحصل دنيا ونزرًا حقيرًا فيضيع المال، فحجر الرب تعالى برحمته على عبده في تضييع ماله الذي هو عونه على أمر دنياه وآخرته، ولو رضي العبد بإسقاط حقه في ذلك لم يؤثر رضاه»[١] .

إن عقود المعاوضات المتضمنة غررًا فاحشًا ممنوعًا منها ما ورد النص الشرعي بمنعه ومنها ما هو مجال اجتهاد، يقول ابن رشد: «ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها، والمنطوق به أكثره متفق عليه وإنما يختلف في شرح أسمائها، والمسكوت عنه مختلف فيه...»[٢]، وما نهي عنه من عقود الغرر وجاء فيها نصوص خاصة هي داخلة في النّهى عن بيع الغرر ولكن أُفردت بالذكر ونُهى عنها لكونها من بياعات الجاهلية المشهورة[٣].

وقد صاغ الفقهاء قواعد عدة تضبط أنواع الجهالة ودرجاتها، وما هو الممنوع منها وما هو المباح... إلخ، من ذلك قولهم: (عقود المعاوضات لا تصح مع الجهالة)، وهي من القواعد ذات العلاقة. وقد يعترض على أن هذه القاعدة من صيغ القاعدة وليست من ذوات العلاقة بناءً على المرادفة بين (الغرر) و(الجهالة). وقد رد القرافي على هذا الاعتراض عندما ميز بين قاعدة

---

(١) الفروق للقرافي ٢٥٦.
(٢) بدية المجتهد ١١١/٢.
(٣) شرح مسلم للنووي ١٥٦/١٠-١٥٧.

المجهول وقاعدة الغرر وانتقد من رادف من الفقهاء بين الاصطلاحين فقال: اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين فيستعملون إحداهما موضع الأخرى، وأصل الغرر هو الذي لا يدرى هل يحصل أم لا؟ كالطير في الهواء والسمك في الماء.

وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول كبيعه ما في كمه، فهو يحصل قطعاً لكن لا يدرى أي شيء هو، فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه، أما وجود الغرر بدون الجهالة فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق لا جهالة فيه وهو غرر لأنه لا يدري هل يحصل أم لا؟ والجهالة بدون الغرر كشراء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت؟ مشاهدته تقتضي القطع بحصوله فلا غرر، وعدم معرفته تقتضي الجهالة به، وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق»[1].

والظاهر من كلام القرافي هذا أنه جعل الغرر مرتبطاً بذات المبيع بحيث لا يدري البائع أيقدر على تسليمه أم يعجز؟ ولا يدري المشتري أيحصل على ما بذل العوض في مقابله أم لا؟ وجعل الجهالة مرتبطة بالصفات لا بالذات. وعلى كل حال سواءً أخذنا برأي القرافي أم بالرأي الآخر؛ فقد أفردنا قاعدة الجهالة بصياغة خاصة بها نظرًا لكبر حجمها واشتمالها على جزئيات كثيرة وفروع متعددة[2].

إن قاعدة (المعاوضات يفسد حكمها بالغرر) قاعدة معتمدة في كل المذاهب الفقهية ومستخدمة بشكل كبير عند الفقهاء، ومجال تطبيقها هو العقود

---

(١) الفروق للقرافي ٣/٤٣٢.

(٢) انظرها في قواعد المعلمة.

التي تشتمل على العوض من المتعاقدين ولها تفريعات وتطبيقات تستعصي على العدِّ والحصر.

أدلَّة القاعدة :

أولاً : الأدلَّة العامة ومنها :

١- قول الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء - ٢٩]، ووجه الدلالة في الآية أن الله نهى عن أكل المال بالباطل ، والباطل ضد الحق، والغرر من الباطل . وقال سبحانه: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾. والغرر مناف للتراضي فلا يصح العقد معه[(١)].

٢- الحديث الذي ورد من طرق مختلفة وبروايات متعددة، منها ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر»[(٢)] .

ثانيًا : الأدلة الخاصَّة، وهي كثيرة جدًّا منها :

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة»[(٣)] ورغم أن شرَّاح هذا الحديث قد اختلفوا حول الصور التي يمكن أن تدخل تحت مدلول (البيعتين في بيعة) إلا أن الفقهاء يمنعونه لعلل منها الغرر[(٤)].

---

(١) التحرير والتنوير لابن عاشور ١٠/١٧٥.

(٢) رواه مسلم ٣/١١٥٣(١٥١٣) .

(٣) أخرجه الترمذي والنسائي، وقال أبو عيسى: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم. الجامع الصحيح للترمذي ٣/٥٣٣ ، سنن النسائي ٧/٢٩٥ ، نيل الأوطار ٥/٢٤٨-٢٤٩.

(٤) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي، ص ١٦٩ ، ١٧٠.

٢- وعن ابن مسعود أنَّ النبي؟ قال: «لا تشتروا السّمك في الماء فإنه غرر»[١].

٣- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر[٢]. وقد حدد بعض الفقهاء صورًا من صور بيع الحصاة وعلَّلوا الفساد في هذه الصور بالغرر[٣].

٤- وهناك أحاديث كثيرة تتحدث عن أنواع من البيوع التي كانت في الجاهلية ونهي عنها للغرر والخطر الذي صاحبها.

٥- مخالفة الغرر لمقتضى عقود المعاوضات لأن الغاية منها حصول الربح وتكثير المال، فلا يشرع هذا الصنف من العقود مع الغرر لذهابه بانضباط مظانٍّ تنمية المال[٤].

٦- الغرر في المعاوضات يؤدي إلى النزاع والخصومة لأنه من أكل المال بالباطل، والإسلام يحرم كل ما يتسبب فيهما، يقول ابن تيمية: والغرر إنما حرم بيعه في المعاوضة، لأنه أكل مال بالباطل...، فإن

---

(١) رواه أحمد ١٩٧/٦(٣٦٧٦)، والطبراني في الكبير ٢٠٩/١٠(١٠٤٩١)، وأبو نعيم في الحلية ٢١٤/٨ (٣٩٩)، والبيهقي في الكبرى ٣٤٠/٥، وقال الهيثمي في المجمع ٨٠/٤ رواه أحمد... مرفوعًا... وفي رجال المرفوع شيخ أحمد من محمد بن السماك ولم أجد من ترجمه، وبقيتهم ثقات، وقال البيهقي: هكذا روي مرفوعًا، وفيه إرسال بين ابن المسيب وابن مسعود. والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد (بن أبي زياد) موقوفاً على عبدالله (بن مسعود) رضي الله عنه. ورواه أيضًا سفيان الثوري عن يزيد (بن أبي زياد) موقوفاً على عبدالله أنه كره بيع السمك في الماء، والموقوف رواه ابن أبي شيبة ٣٣٥/١١(٢٢٤٨٣)، والطبراني في الكبير ٣٢١/٩(٩٦٠٧)، وقال الدارقطني في العلل ٥٤٨/٣(٨٧٨) والموقوف أصح، وقال الهيثمي في المجمع ٨٠/٤ رواه أحمد موقوفًا ومرفوعًا والطبراني في الكبير كذلك ورجال الموقوف رجال الصحيح.

(٢) رواه مسلم ١١٥٣/٣(١٥١٣) .

(٣) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد ٢٢١/٢-٢٢٢.

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي ٤٣٦/٥.

أحد المتعاوضين يأخذ شيئًا، والآخر يبقى تحت الخطر، فيفضي إلى ندم أحدهما وخصومتهما[١].

تطبيقات القاعدة:

١- لا يجوز للضَّامن أن يأخذ جُعلا سواءً كان من ربِّ الدَّيْن أو المِدْيان أو غيرهما لأن ذلك من بياعات الغرر، فمن اشترى سلعة وقال لرجل تحمَّل عنِّي بثمنها وهو مائة على أن أعطيك عشرة، أو باع سلعة وقال آخر تحمل عني الدرْك[٢] في ثمنها إن وقع الاستحقاق وأنا أعطيك عشرة، لم يدر الحميل[٣] هل يفلس من تحمَّل عنه أو يغيب فيخسر مائة دينار ولم يأخذ إلا عشرة أو يَسلم من الغرامة فيأخذ العشرة[٤].

٢- بيع العين الغائبة بغير شرط خيار الرؤية، فباطل لأنه بيعٌ ناجزٌ على عين غائبة، وهو أصل الغرر[٥].

٣- لا يجوز بيع بقرة على شرط أنها تحلب كذا رطلا، لأن ذلك موهوم التحقق فقد ينقص الحليب عمَّا اشترط، بخلاف ما لو باعها على أنها حلوب دون تحديد مقدار[٦].

٤- إذا قال أحد العاقدين في الشركة للآخر: لك ربح أحدى السفرتين أو

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٩/٩٩ - ١٠٠.

(٢) الدَّرك بفتح الراء وسكونها: ضمان الثمن عند استحقاق المبيع. انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٧٠.

(٣) الحميل بالحاء المهملة بمعنى كفيل به، يقال حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع، وروي في الفائق (الحميل ضامن). فالحميل والكفيل والزعيم والتبيع والقبيل كلها ألفاظ بمعنى واحد . انظر: شرح فتح القدير للسيواسي ٧/١٦٦.

(٤) شرح ميَّارة الفاسي١/١٩١.

(٥) الحاوي للماوردي ٦/٢٣.

(٦) انظر: عقد البيع لمصطفى الزرقاء ص ٣٧.

أحد السلعتين ولي الأخرى ، فكلُّه داخل في الغرر والميسر[١] .

٥- إذا أراد البائع أن يكيل فليوقف العيار ولا يحْنِه ولا يحركه ولا يضربه بيده ولا إلى الأرض لكيلا يأخذ أكثر من حقه ، أو تدخل الجهالة في المبيع فيكون فاسداً، وإن أذن له البائع في هذا كلِّه فلا يجوز له لأنه من بيع الغرر[٢].

٦- حسم الكمبيالة[٣] أو خصم الكمبيالة (Discounting) وهو أن يعمد حاملها إلى بيعها لطرف ثالث بقصد استعجال الحصول على مبلغها ولا ينتظر إلى تاريخ نضجها، ويكون البيع بأقل من قيمتها الاسمية، والعادة أن مقدار هذا الحسم نسبة من مبلغ الكمبيالة تحدد على أساس مدة نضجها فكلما كانت مدة نضجها أكثر كانت نسبة الحسم أكثر، وكلما كانت المدة أقل، كانت نسبة الحسم أقل. ويمكن تخريجها على بيع الجامكية[٤]: وهو أن يكون لرجل جامكية في بيت المال ويحتاج إلى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيبيعها بأنقص من قيمتها، قال البهوتي: «ولا يصح بيع العطاء قبل قبضه، لأن العطاء مغيب فيكون من بيع الغرر، وهو أن العطاء قسطه في الديوان ولا يصح بيع رقعة به لأن المقصود بيع العطاء لا هي»[٥]،

---

(١) القواعد والأصول للسعدي ص ٥٠.

(٢) الإيضاح للشماخي ٥/١١٢.

(٣) الكمبيالة (Bill of Exchange): هي عبارة عن الوثيقة التي يكتبها المشتري للبائع في بيع مؤجل ويعترف فيها بأنه وجب في ذمته ثمن المبيع، وأنه يلتزم بأدائه في تاريخ آجل. انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، بيع الدَّين والأوراق المالية لمحمد تقي العثماني، العدد ١١.

(٤) الجامكية: لفظة فارسية مشتقة من "جامة" بمعنى اللباس، أي نفقات أو تعويض اللباس الحكومي، وقد ترد بمعنى الأجر أو الراتب أو المنحة، والجمع جامكيات وجوامك وجماكي. تحفة الترك فيما يجب أن يعمل في الملك للطرسوسي ١/٩٤.

(٥) كشاف القناع ٣/١٦٧.

فحسم الكمبيالة بهذه الصورة هو بيع للدين بأنقص من أصله وهو غير جائز للغرر[١].

٧- قال الإمام مالك: ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلّ منه شيء كالدابة، وثمن ذلك الشيء خمسون دينارًا فيقول رجل أنا آخذه منك بعشرين دينارًا، فإن وجده المبتاعُ ذهب من البائع ثلاثون دينارًا، وإن لم يجده ذهب البائع من المبتاع بعشرين دينار، قال مالك وفي ذلك عيب آخر، أنّ تلك الضَّالَّة إن وجدت لم يدر أزادت أم نقصت أم ما حدث بها من العيوب، فهذا أعظم المخاطر [٢].

٨- عقد التأمين التجاري محرَّم، إذ إنَّه من عقود المعاوضات المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش، لأن المستأمِن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي أو يأخذ، فقد يدفع قسطًا أو قسطين ثم تقع الكارثة فيَستحق ما التزم به المؤمِّن، وقد لا تقع الكارثة أصلا فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئًا، وكذلك المؤمِّن لا يستطيع أن يحدِّد ما يعطي ويأخذ بالنسبة لكل عقد بمفرده، وقد ورد في الحديث الصحيح عن النبي ﷺ النهي عن بيع الغرر[٣].

٩- أفتى مالك أنه لا ينبغي أن تساقى الأرض البيضاء وذلك أنه يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان المعلومة، وأما الذي أعطى أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها فذلك مما يدخله الغرر، لأن الزَّرع يقلُّ مرة ويكثر مرة، وربما هلك رأسًا فيكون صاحب الأرض قد ترك كراءً معلومًا يصلح له أن

---

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، بيع الدَّين والأوراق المالية للعثماني، العدد ١١.

(٢) انظر: موطأ مالك ٤/ ٩٦٠.

(٣) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء، السعودية، قرار المجلس بالأكثرية ٤/٣٠٩.

يكري به أرضه، وأخذ غررًا لا يدري أيتمُّ أم لا؟ فهذا مكروه وإنما مثَل ذلك الرجل كمن استأجر أجيرًا لسفر بشيء معلوم، ثم يقول الذي استأجر الأجير: هل لك أن أعطيك عُشر ما أربح في سفري هذا أجرة لك؟ فلا يحل ذلك، ولا ينبغي للرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته إلا بشيء معلوم لا يزول إلى غيره. والفرق بين المساقاة في النخل والأرض البيضاء، أن صاحب النَّخل لا يقدر على بيع ثمرها حتى يبدو صلاحها وصاحب الأرض يكريها وهي أرض بيضاء لا شيء فيها [1].

د. رحال بالعادل

* * *

(١) انظر: اختلاف الفقهاء للطبري ١/ ١٤٣.

رقم القاعدة: ٩٥٢

نص القاعدة: التَّرَاخِي اليَسِيرُ مُغْتَفَرٌ فِي العُقُودِ التِي تُطْلَبُ فِيهَا الفَوْرِيَّةُ(١).

قواعد ذات علاقة:

١- لا يصح تراخي القبول في سائر العقود(٢). (أصل استثنيت منه القاعدة).

٢- طول الفصل يقطع الارتباط(٣). (قسيمة).

٣- الفصل اليسير لا يعد قاطعًا للموالاة(٤) . (أعلم).

٤- اليسير معفو عنه(٥). (أصل).

٥- التراخي اليسير لا يضر(٦) . (أعم).

---

(١) الفواكه الدواني للنفراوي ٢١٤/١.

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٤٣٥/٦.

(٣) شرح العمدة لابن تيمية ٥٨٧/٤.

(٤) نهاية المحتاج للرملي ٣٠٩/٢، ووردت بلفظ: "كل ما طلب فيه الفور يغتفر فيه التفريق اليسير" الثمر الداني للآبي ص ٣٩٩، وانظر قاعدة: "الفصل اليسير لا يعد قاطعًا للموالاة"، في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المغني لابن قدامة ٢٥٠/٢، شرح النيل لأطفيش ١٢٥/١٦-١٢٦، البحر الزخار لأحمد بن يحيى المرتضى ٢٩٧/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٤٧٩/١، وانظر البحر الزخار ٣٤٣/٥، تذكرة الفقهاء للحلي ٢٩٥/٦، وانظر قاعدة: "ما تعتبر فيه الموالاة فالتخلل القاطع لها مضر"، في قسم القواعد الفقهية.

٦- ما قارب الشيء يعطى حكمه[١]. (معللة).

شرح القاعدة:

التراخي لغة من «رَخَا يَرْخُو رَخَاءَ، وهو رخِيٌّ البال، وتَرَاخَى عنِّي: تَقاعَسَ وتَباطَأَ، وعن حاجَتِه فَتَرَ»[٢].

وفي اصطلاح الفقهاء: التباطؤ والتقاعس في القول أو الفعل.

ومعنى القاعدة: أن العقود التي تطلب فيها الفورية - أي «العقود الناجزة التي يعتبر فيها ارتباط القبول بالإيجاب»[٣] - إذا فصل بين الإيجاب والقبول فيها تراخ يسير فلا يعتبر قاطعا لصيغة العقد، ويحكم بصحته بناء على ذلك؛ كأنه لم يكن هناك تباطؤ ولا انقطاع. إلا أن صيغة العموم الواردة في القاعدة تجعلها شاملة لليسير من التراخي المستثنى من وجوب الفورية في اتصال الإيجاب بالقبول، واليسير من التراخي المستثنى من الفورية في التقابض المشترط في بعض العقود كالصرف والسلم وبيع الديون.

فالأصل في العقود المذكورة الفوريةُ في اتصال القبول بالإيجاب وهو ما بينته القاعدتان: «لا يصح تراخي القبول في جميع العقود» و«العقود يجب أن يكون القبول بقربها»، ومن ثم لا بد أن يتقارب ما بينهما من الزمن لأن «طول الفصل يقطع الارتباط».

والأصل أيضًا التقابض عقب العقد في العقود التي يطلب فيها القبض لكلا البدلين أو لأحدهما.

---

(١) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) العين للخليل بن أحمد ٤/٣٠٠، تهذيب اللغة للأزهري ٧/٢٢٢، تاج العروس للزبيدي ٣٨/١٣٩.

(٣) طبقات الشافعية للسبكي ٨/٣٦.

إلا أن اغتفار التراخي اليسير استثناء مبني على قواعد فقهية معتبرة، و«اليسير معفو عنه» و«التراخي اليسير لا يضر» و«ما قارب الشيء يعطى حكمه».

وقد لخص ابن رشد الحفيد رأي المذاهب في مسألة تراخي القبول عن الإيجاب فقال: «أما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد، فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير، ومنعه قوم، وأجازه قوم، وذلك مثل أن يُنكح الولي امرأة بغير إذنها فيبلغها النكاح فتجيزه، وممن منعه مطلقا الشافعي، وممن أجازه مطلقا أبو حنيفة وأصحابه، والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك[1]. وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معا أم ليس ذلك من شرطه ؟ ومثل هذا الخلاف عرض في البيع»[2].

وأما التراخي اليسير في العقود التي تطلب فيها المناجزة والفورية في التقابض، فهو موضوع اتفاق بين الفقهاء في الجملة تبعا لاتفاقهم على القواعد التي تتناول اغتفار اليسير عموما، إلا أنهم مختلفون – ما بين مضيق وموسع – في تقدير اليسير المعفو عنه في هذه العقود.

ثم إن اليسير المغتفر في العقود يختلف باختلاف طبيعة هذه العقود نفسها، فاليسير المستثنى من وجوب المناجزة[3] في عقد الصرف مثلاً، ليس كاليسير في غيره. لأن الصرف مبني على التضييق، وفي ذلك يقول الشيخ المواق: «الأضيق صرف، ثم إقالة طعام ثم تولية وشركة فيه، ثم إقالة عروض

(١) وبه قال أيضًا الزيدية. انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٤/ ٩.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٦.

(٣) المناجزة: مصطلح من المصطلحات الفقهية الخاصة بفقهاء المذهب المالكي، ويقصدون به "قبض العوضين عقب العقد". انظر: القبض الحقيقي والحكمي: قواعده وتطبيقاته من الفقه الإسلامي، إعداد الدكتور نزيه كمال حماد، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/ ٧٠٩ إلى ٧٣٥. والتعريف الذي أورده الدكتور نزيه حماد هو تعريف الأبي في شرحه لصحيح مسلم إكمال إكمال المعلم ٥/ ٤٧٥.

وفسخ الدين في الدين، ثم بيع الدين، ثم ابتداؤه»[(١)].

وبيَّن ابن السبكي أن مقدار الفاصل الطويل واليسير في البيع والنكاح يختلف عن مقداره في الخلع بقوله: «والفرق أن الخلع أوسع قليلا على ما أشار إليه بعض الأصحاب؛ فلم يشترط فيه من الاتصال القدر المشترط في البيع ونحوه»[(٢)].

ثم إن الفقهاء يفرقون بين اليسير في الأقوال كالإيجاب والقبول، وبين اليسير في الأفعال كالتقابض والمناجزة.

أدلة القاعدة:

قاعدة: «اليسير معفو عنه» وأدلتها؛ لأن ما كان دليلا للأصل فهو دليل للفرع.

تطبيقات القاعدة:

١- إذا تراخى القبول عن الإيجاب صح ما دام المتعاقدان في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه؛ لأن حكم المجلس حكم حالة العقد، فإن تفرقا قبله أو تشاغلا بغيره قبل القبول بطل الإيجاب، لأنهما أعرضا عنه بتفرقهما أو تشاغلهما فبطل كما لو طال التراخي[(٣)]. وأما التراخي اليسير فهو مغتفر في العقود التي تطلب فيها الفورية.

٢- «يحرم الصرف المؤخر قبضُ عوضيه أو أحدهما عن محل العقد، ويتنزل منزلة ذلك ما إذا تراخى القبض عن العقد وهما بالمجلس

---

(١) التاج والإكليل للمواق ٤/ ٤٨٧.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٠٩.

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة ٣/ ٢٩، الفروع لابن مفلح ٤/ ٣، التاج المذهب للعنسي ٢/ ٢٥.

تراخيا طويلا، وأما إذا كان يسيرا فإنه لا يفسد العقد وإن كان مكروها»[١]. والتراخي اليسير مغتفر في العقود التي تطلب فيها الفورية.

٣- إذا خطب شخص من آخر موليته فلا بد من الفورية بين القبول والإيجاب، ولا يجوز الفصل بينهما بغير الخطبة ليسارتهما، فإن تأخر القبول يسيرا جاز[٢]، لأن التراخي اليسير مغتفر في العقود التي تطلب فيها الفورية.

٤- يجوز اشتراط الخيار في السلم اليومين والثلاثة للحاجة للسؤال ويمتنع البعيد لأنه بيع دَين بدَين إذ إن المسلَم فيه دَين في الذمة، ومقتضى الخيار تأخير الثمن فيصبح دينا في الذمة، وقد عفي عن يسيره دون كثيره[٣]، لأن التراخي اليسير مغتفر في العقود التي تطلب فيها الفورية.

٥- إذا قال شخص لآخر: أبيعك سلعتي بعشرة إن شئت فقبل الآخر، لكن بعد تراخ يسير، جاز العقد[٤] لأن التراخي اليسير مغتفر في العقود التي تطلب فيها الفورية.

د. رحال إسماعيل بالعادل

* * *

(١) مواهب الجليل للحطاب ٤/٣٠٤.

(٢) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٥، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٣١، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/١٩.

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ٥/٣١.

(٤) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٤٠.

رقم القاعدة: ٩٥٣

نص القاعدة: الصِّلَاتُ تَبْطُلُ بِالـْمَوْتِ قَبْلَ الْقَبْضِ[١].

صيغ أخرى للقاعدة:

١- الصلة تبطل بالموت قبل القبض[٢].

٢- الصلات تسقط بالموت قبل التسليم[٣].

٣- الصلات إذا لم تكن مقبوضة تسقط بالموت[٤].

قواعد ذات علاقة:

١- الصلات لا تتم إلا بالقبض[٥]. (أصل للقاعدة).

٢- العبادات تسقط بموت من عليه[٦]. (عموم وخصوص وجهي).

---

(١) العناية شرح الهداية للبابرتي ٤/٣٩٤، فتح القدير لابن الهمام ٤/٣٩٦، البحر الرائق لابن نجيم ٤/٢٠٦، رد المحتار لابن عابدين ٣/٥٩٦، واقعات المفتين لنقيب زاده ١/٤٣.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٩، الجوهرة النيرة للحدادي ٢/٨٧.

(٣) تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ١/٣١٢، بدائع الصنائع ٢/٥٣، الهداية للمرغيناني مع فتح القدير لابن الهمام ٤/٣٩٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٥٦، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ١/٤١٥، الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٤/٧.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٤/٩٣.

(٥) المبسوط للسرخسي ٥/١٩٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) بدائع الصنائع ٢/٢٢١.

٣- الأعواض لا تسقط بالموت[١]. (قسيمة).

٤- العقود المختصة بالمنافع تبطل بالموت[٢]. (عموم وخصوص وجهي).

٥- العقود الجائزة دون اللازمة تبطل بموت عاقدها[٣]. (عموم وخصوص وجهي).

٦- مبنى الصلات على التوسع والتخفيف[٤]. (مكملة).

شرح القاعدة:

المراد بالصلة: «بذل مال شرعه الشارع من غير أن يكون عوضا لشيء»[٥]. أي ما كان مشروعا على سبيل التواصل والتعاون والمواساة دون أن يكون في مقابلته عوض مالي؛ كالزكاة[٦] وصدقة الفطر ونفقة القريب شرعت من باب الصلة والمواساة.

والتعبير عن معنى المواساة بالصلة مصطلح اشتهر به الحنفية، ومن ذلك قول السرخسي في نفقة القريب والزكاة: «النفقة صلة وجبت للمحاويج الماسين

(١) التجريد للقدوري ٥٧٥٧/١١، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥٦/٣، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) التجريد للقدوري ٣٦٠١/٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "العقد على المنفعة يبطل بموت أحد العاقدين".

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٣٢٩/٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "ما لزم من العقود لا يبطل بالموت وما لا يلزم من العقود يبطل بالموت".

(٤) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٣٨١/٤.

(٥) حاشية الشلبي على التبيين ٥٦/٣. وفي العناية للبابرتي ١٥٤/٣: "الصلة: عبارة عن أداء ما لا يكون في مقابلته عوض مالي".

(٦) اعتبرها الحنفية هي وما بعدها من الصلات كما سيأتي.

له في القرابة، والزكاة صلة للمحاويج الماسين له في الملة»[(١)]، وأما الجمهور فيعبرون عن ذلك بالمواساة؛ فيقول الرملي الشافعي عن الزكاة: «الزكاة مواساة فناسبها التخفيف»[(٢)]، ويقول ابن قدامة الحنبلي عن النفقة: «نفقة القريب مواساة، ونفقة المرأة تجب على سبيل المعاوضة، فقدمت على مجرد المواساة»[(٣)].

ومعنى القاعدة: أن كل حق ثبت في ذمة الإنسان ولزمه على سبيل الصلة والمواساة سواء أكان بإيجاب الشارع عليه؛ كالزكاة، أم بالتزامه بنفسه؛ كالصدقة والهبة - فإنه يبطل بموته قبل أن يقبض، ولا يؤخذ من تركته[(٤)].

والصلات تنقسم إلى قسمين:

الأول: الصلات التي يلتزمها الإنسان باختياره ويوجب بها حقا على نفسه، سواء أكانت تتم بإرادتين – أي بالإيجاب والقبول – كعقود التبرعات، أم بإرادة منفردة؛ كالأيمان والنذور.

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٦٢/٢.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٤٥/٣.

(٣) المغني لابن قدامة ١٧٦/٨. وانظر أيضًا: المهذب للشيرازي ١٥٩/٣، مواهب الجليل للحطاب ٢١٢/٤.

(٤) وقد نظم بعض الحنفية الصلات التي تسقط بالموت فقال: كفالة دية خراج ورابع ضمان لعتق هكذا نفقات كذا هبة حكم الجميع سقوطها بموت، لما أن الجميع صلات. (غمز عيون البصائر للحموي ٩٠/٣، والدر المختار للحصكفي مع رد المحتار لابن عابدين ٧٠١/٥). وهذا ليس على سبيل الحصر، فهناك صلات أخرى سيرد ذكرها في الشرح والتطبيقات.

وذكر بعضهم الكفارة مكان الكفالة، كما في الدر المختار مع رد المحتار ٧٠١/٥. وضمان العتق هو: الضمان الذي يجب على الشريك الموسر إذا أعتق نصيبه من العبد المشترك ليعتق ما بقي منه. والأصل فيه ما رواه أَبُو هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنه قَالَ «من أعتق شقصا له فى عبد فخلاصه فى ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه»، رواه البخاري ١٣٩/٣ (٢٤٩٢) وفي مواضع أخر، ومسلم ١١٤٠/٢ (١٥٠٣)/(٣). واللفظ له.

الثاني : الصلات التي يوجبها الشرع على المكلف؛ كنفقات الأقارب.

فأما الأول وهو ما أوجبه الإنسان على نفسه من الهبة والصدقة والوقف ونحوها فسقوطها بالموت قبل القبض ظاهر؛ وذلك لأنه متبرع، و«التبرع لا يلزم قبل اتصاله بالقبض»(١)؛ ولأنه محسن، و«ما على المحسنين من سبيل»(٢).

وأما الثاني : وهو الصلات التي تجب بإلزام من الشارع؛ كالزكاة وصدقة الفطر ونحوهما فسقوطها بالموت قبل تسليمها محل خلاف بين الفقهاء، فذهب الحنفية إلى أنها تسقط بالموت، فمن مات وعليه شيء من الزكاة أو غيرها لا تؤخذ من تركته ولا يؤمر الوصي أو الوارث بأدائه منها؛ كما قال الكاساني: «الزكاة وجبت بطريق الصلة؛ إذ لا يقابلها عوض مالي، والصلات تسقط بالموت قبل التسليم»(٣)؛ ولأنها من العبادات، ومعنى العبادة لا يتحقق إلا بنية وفعل ممن يجب عليه حقيقة أو حكما، فهي لا تتأدى إلا باختيار من عليه إما بمباشرته بنفسه، أو بأمره، أو إنابته غيره فيقوم النائب مقامه فيصير مؤديا بيد النائب، فلو جُعل الوارث نائبا عن الميت من غير إنابته لكان ذلك إنابة جبرية، والجبر ينافي العبادة؛ إذ العبادة فعل يأتيه العبد باختياره، فإذا أوصى فقد أناب، ويكون الإيصاء بأدائها تبرعا، فيعتبر كسائر التبرعات من الثلث، وإذا لم يوصِ بفعلها بعد موته فقد فات الشرط بموته، فلا يتصور بقاء الواجب، فيسقط في حق أحكام الدنيا للتعذر(٤). وأما في أحكام الآخرة فإنه يؤاخذ بالتفريط في أداء ما وجب عليه بعد التمكن منه.

---

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٤٠٤.

(٢) القاعدة نص آية من سورة التوبة: الآية ٩١. وانظرها في: أحكام القرآن للجصاص ٣/٢١١-٢١٢، تفسير القرطبي ٨/٢٢٧، بدائع الصنائع ٦/٢١٧، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٨/٢٨٥، المحلى لابن حزم ٣/٧٠. وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥٣.

(٤) انظر: المبسوط ٢/١٨٦، بدائع الصنائع ٢/٥٣.

وذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أنها لا تسقط بالموت قبل تسليمها، ويجب أداؤها من التركة، سواء أوصى بها الميت أم لا، على خلاف بينهم في تفاصيل ذلك؛ فالمقرر عند المالكية: أن حقوق الله تعالى من الزكوات والكفارات والنذور متى أشهد في صحته بها أخرجت من رأس المال بعد ديون العباد، سواء أوصى بإخراجها أم لا، فإن أوصى بها ولم يشهد فتخرج من الثلث[١]. وأما الشافعية والحنابلة والظاهرية فحقوق الله عندهم تخرج من رأس المال، وهي تقدم على حقوق العباد عند الشافعية[٢] والظاهرية[٣]. وأما الحنابلة فالحقان متساويان عندهم[٤].

والقاعدة لم ترد بنصها إلا عند الحنفية، وهي مطردة عندهم في العبادات والمعاملات، فلو مات الواهب قبل القبض فإن الهبة تبطل عندهم[٥]، ووافقهم على ذلك المالكية في المعاملات، وذلك لأن تمام التبرع بالقبض؛ فإذا مات قبله بطل؛ كما صرح بذلك الحطاب فقال: «الالتزام إذا لم يكن على وجه المعاوضة فلا يتم إلا بالحيازة، ويبطل بالموت»[٦]. وذهب ابن حزم إلى أن من تلفظ بالهبة أو الصدقة أو غيرهما فقد عقد عقدا لزمه الوفاء به، ولا يفتقر لزومه إلى القبض، ولا يبطل بموت الواهب، أو المتصدق، أو الموهوب له، أو المتصدق عليه[٧]، وهو مذهب الشافعية والحنابلة في المعتمد عندهم على ذلك؛ فنصوا في الهبة على أنها لا تبطل بالموت، ويقوم وارث الواهب مقامه

---

(١) انظر: شرح الخرشي على خليل ١٩٧/٨-١٩٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٥٨/٤، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٦١٨/٤، منح الجليل لعليش ٥٩٧/٩.

(٢) انظر: المجموع للنووي ٢٢٦/٦، مغني المحتاج للشربيني ١٢٦/٢.

(٣) انظر: المحلى ٢٠١/٤، ٤٢٠، ٤٨٣/٦.

(٤) انظر: المجموع للنووي ٢٢٦/٦، كشاف القناع للبهوتي ١٨٢/٢.

(٥) انظر: الجوهرة النيرة للحدادي ٣٢٥/١.

(٦) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ٦٩، فتح العلي المالك ٢١٨/١.

(٧) انظر: المحلى ٦٢/٨ -٧١.

في الإذن والرجوع؛ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم[١]، وكذلك الإمامية حيث قالوا في الهبة: «لا حكم للهبة ما لم تقبض، ولو مات الواهب بعد العقد وقبل القبض كانت ميراثا»[٢]. وأما الصلات التي هي حق الشارع فلا تسقط بالموت عند الجمهور، وقد سبق ذكر الخلاف فيها.

أدلة القاعدة:

١- لأن الصلة لا ينتقل الملك فيها إلا بالقبض؛ كما تقرره قاعدة: «الصلات لا تتم إلا بالقبض»[٣]، وقد انعدم ذلك بالموت قبله، فما لم يقبض يبقى على ملك الميت، ويصير ميراثا عنه، ولا يصير دينا في التركة[٤].

٢- لأن المعتبر في الصلات الفعل دون المال، إذ هي ليست بدلا عن شيء، والأفعال تسقط بالموت، ولا يمكن استيفاؤها من التركة، ومعنى الصلة لا يتأتى بعد الموت[٥].

تطبيقات القاعدة:

١- إذا مات من وجبت عليه الزكاة قبل أدائها، ولم يوص لم تخرج من تركته؛ لأنها تجب على سبيل الصلة والمواساة، والصلات تسقط بالموت قبل التسليم[٦]، وعند الجمهور لا تسقط[٧].

---

(١) انظر: أسنى المطالب ٢/٤٨٢، نهاية المحتاج للرملي ٥/٤١٥، مغني المحتاج ٣/٥٦٦، الإنصاف للمرداوي ٧/١٢٣-١٢٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٤٣١.
(٢) شرائع الإسلام للحلي ٢/١٧٩.
(٣) المبسوط للسرخسي ٥/١٩٥.
(٤) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ٥/٢٠٩٢.
(٥) انظر: المبسوط ١٠/٨٢، أحكام القرآن للجصاص ٣/١٤٩.
(٦) انظر: بدائع الصنائع ٢/٥٣، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١/٢٦٩.
(٧) انظر: فتح الباري لابن حجر ١٢/٣٣، المجموع ٥/٣٠٩، المغني لابن قدامة ٢/٢٨٩.

٢- إذا نذر الرجل صدقة أو قال: مالي في المساكين صدقة ومات قبل أن ينفذ كانت ميراثا عنه، ولا تصير دينا في التركة، لأن الصدقة صلة فتسقط بالموت قبل القبض[١].

٣- من حبس مالا في سبيل الله، ولم يخرجه من يده ولم يُقبض عنه حتى مات؛ فإنه يبطل ولا ينفذ؛ لأنه صلة فلا تتم إلا بالقبض وتسقط بالموت قبله[٢].

٤- إذا مات المؤذن أو الإمام قبل أن يستوفي نصيبه من الوقف سقط؛ لأنه في معنى الصلة؛ والصلات تبطل بالموت قبل القبض[٣].

٥- من ترك أداء ما وجب عليه من نفقة قريب مدة، ثم مات لم يلزمه شيء في ماله؛ لأنها من باب الصلة والمواساة؛ والصلات تسقط بالموت[٤].

٦- إذا وجبت النفقة على الزوج ولم ينفق حتى مضت مدة، ثم مات قبل أدائها لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله، ولو ماتت المرأة لم يكن

---

(١) انظر: شرح السير الكبير ٥/٢٠٩٠- ٢٠٩٢، بدائع الصنائع ٢/٥٣، حاشية الشلبي على التبيين ١/٢٦٩.

(٢) انظر: المدونة ٤/٤١٩، فصول الأحكام للباجي ص ١٩٤.

(٣) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ١/٧٥٧، الدرر شرح الغرر للملا خسرو ١/٣٠٠-٣٠١. وذهب المتأخرون من فقهاء الحنفية وغيرهم إلى جواز أخذ الأجرة على وظائف الإمامة والخطابة والأذان، نظرًا لتغير الزمان، وانقطاع عطاءات القائمين بالشعائر الدينية من بيت المال، حتى لا يؤدي اشتغال هؤلاء بالاكتساب إلى إهمال تلك الشعائر، وبناء على ذلك أفتى المتأخرون بأن حقه لا يبطل، بل إذا مات في أثناء السنة يعطى بقدر ما باشر، ويورث عنه. انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر للحموي ٢/٢٤٠، رد المحتار ٤/١٤٣، منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٥/٩٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/٩٣، شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٤/٣٨٢، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/١٧٦.

لورثتها أن يأخذوا من ماله[١]؛ لأنها تجري مجرى الصلة، والصلة تبطل بالموت قبل القبض[٢].

٧- إذا مات أحد من العاقلة قبل تسليم ما حكم به عليه من الدية سقطت عنه ولا تؤخذ من تركته؛ لأن وجوبها على سبيل الصلة والمواساة، والصلات تسقط بالموت قبل القبض[٣].

٨- إذا تطوع الزوج بمؤنة ابن الزوجة من غيره وإجراء النفقة عليه من ماله بطُول الزوجية بينهما أو لمدة معلومة، ثم مات سقط المتطوَّع به، ولا يُرجع على تركة الزوج بشيء منه؛ لأنه هبة وصلة، وهي تبطل بموت الواهب قبل قبضها[٤].

محمد عمر شفيق الندوي

* * *

---

(١) إلا إذا رفعت المرأة أمرها إلى القاضي وأمرها بالاستدانة، فاستدانت، فتصبح النفقة دينا في ذمة الزوج، ولا تبطل بموته، بل تؤخذ من التركة. انظر: تبيين الحقائق ٣/٥٦، البحر الرائق ٤/٢٠٥، رد المحتار ٣/٥٩٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٩، الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٤/٣٩٤، البحر الرائق لابن نجيم ٤/٢٠٥، الجوهرة النيرة للحدادي ٢/٨٧.

(٣) انظر: التجريد للقدوري ١١/٥٧٥٧، المبسوط ٢/١٩٥، فتح القدير لابن الهمام ٢/١٦٧، البحر الرائق ٢/٢٢٤.

(٤) انظر: فتح العلي المالك لعليش ١/٢٢٣.

فهرس المجلد الخامس عشر